Der Pfleger für die Leibesfrucht

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Tinnefeld
aus Rhede

Approbiert am 2. Juli 1935

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163

1936

Referent: Geh. Just. Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-ÜBERSICHT.

I. Abschnitt: Die Fürsorgeinstitute des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1

§ 1. Allgemeines über diese Fürsorgeinstitute 1

II. Abschnitt: Der Pfleger für die Leibesfrucht im römischen Recht. 3

§ 2. Die Berücksichtigung des nasciturus nach römischem Recht . 3

§ 3. Die Fiktion 7

§ 4. Der curator ventris 8

III. Abschnitt. Der Pfleger für die Leibesfrucht im Deutschen Recht. 11

§ 5. Der Pfleger für die Leibesfrucht in den Deutschen Rechten bis zum BGB 11

IV. Abschnitt. Der Pfleger für die Leibesfrucht im geltenden Recht. 14

§ 6. Die Leibesfrucht ist nicht rechtsfähig 14

§ 7. Die Erfordernisse der Leibesfruchtspflegschaft 16

§ 8. Die Leibesfrucht 16

§ 9. Die künftigen Rechte der Leibesfrucht 17

§ 10. Das Schutzbedürfnis 18

§ 11. Die Pflegschaft der Leibesfrucht im Reichsjugendwohlfahrtges. 20

§ 12. Sonderregeln 21

§ 13. Das grundsätzliche Wesen der Pflegschaft 22

§ 14. Die Bestellung des Pflegers 22

§ 15. Die Bestellung des Pflegers ohne die erforderlichen Voraussetzungen 25

§ 16. Charakter der Leibesfruchtpflegschaft und die Stellung des Pflegers 26

§ 17. Der Wirkungskreis des Pflegers 28

§ 18. Das Ehrenamt 30

§ 19. Das Ende der Pflegschaft für die Leibesfrucht 32

§ 20. Das Verhältnis der Leibesfruchtspflegschaft zur Nachlaßpflegschaft 34

§ 21. Das Vormundschaftsgericht 35

V. Abschnitt.

§ 22. Reformvorschlag 36

§ 23. Schlußbetrachtung 36

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0094

I. Abschnitt.

Die Fürsorgeinstitute des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1. Allgemeines über diese Fürsorgeinstitute.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist für diejenigen, die aus irgendwelchen Gründen ihre Angelegenheiten garnicht oder nicht vollständig selbst zu besorgen vermögen, durch die Institute der elterlichen Gewalt, Vormundschaft und Pflegschaft Fürsorge getroffen. Aber nicht nur diese Fälle, werden durch die genannten Institute erfaßt, sondern auch in anders gearteten Notfällen ist besonders durch das Institut der Pflegschaft dafür gesorgt, daß gefährdeten Rechten oder Vermögensinteressen angemessener Schutz zukommt.

Die elterliche Gewalt ist ihrer wesentlichen Grundlage nach eine vormundschaftliche Gewalt im heutigen Sinne der Vormundschaft, also eine dem Besten des Kindes dienende Schutzvorrichtung.[1]) Sie entsteht über eheliche Kinder ohne staatliche Mitwirkung jeweils mit der Geburt des Kindes.[2]) Das Gewaltverhältnis entspricht uralten Anschauungen über das natürliche Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Die elterliche Gewalt endet mit der Volljährigkeit des Kindes. Wegen des Blutbandes der Beteiligten ist die elterliche Gewalt bei Minderjährigen immer die natürliche Fürsorge.

Wenn die elterliche Gewalt aus irgend einem Grunde nicht besteht, oder nicht ausgeübt werden kann, wird sie ersetzt durch die Vormundschaft.

Eine weitere Fürsorge, die sowohl mit der elterlichen Gewalt konkurrieren kann, als auch für sich angeordnet werden kann zur Wahrung gefährdeter Rechte oder Vermögensinteressen, ohne daß eine elterliche Gewalt besteht, ist außer der Vormundschaft, die Pflegschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Es haben elterliche Gewalt, Vormundschaft und Pflegschaft den gleichen Zweck, alle drei sind Fürsorgeinstitute. Ihrem Wesen nach unterscheiden sie sich aber erheblich voneinander. Das zeigt schon die Entstehung der drei Institute. Vormundschaft und Pflegschaft entstehen erst durch ausdrückliche staatliche, vormundschaftsgerichtliche Anordnung, durch Bestellung des Vormundes oder Pflegers,[3]) während die elterliche Gewalt von selbst mit der Geburt des Kindes eintritt. Die elterliche

[1]) Zeitschr.f.Rechtspfl. in Bayern 1918 S. 103.
[2]) ergibt sich aus § 1626 BGB.
[3]) §§ 1774, 1915 I BGB.

Gewalt tritt auch dann ein und besteht weiter fort, wenn der Gewalthaber in Konkurs gefallen ist oder der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist. Beide genannten Tatsachen sind gesetzliche Hinderungsgründe, Vormund oder Pfleger zu werden.[4])

Entsprechend dem natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kind ist der Inhaber der elterlichen Gewalt bei der Ausübung seiner Gewalt freier gestellt als der vom Staat bestellte Vormund und Pfleger bei der Führung seines Amtes. Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann z.B. ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) Rechtsgeschäfte abschließen, wozu ein Vormund der Genehmigung des Gerichtes bedarf. Das zeigt ein Vergleich der §§ 1643 ff., 1686 ff. BGB mit den §§ 1812, 1821, 1822 BGB.

Auch ist die Entlassung eines Vormundes oder Pflegers aus seinem Amte durch das Vormundschaftsgericht leichter als die Entziehung der elterlichen Gewalt nach den §§ 1666, 1667, 1670 BGB zu erreichen.

Die Pflegschaft ist ihrem Wesen nach eine Vormundschaft[5]) mit beschränkteren Kompetenzen. Sie ist demnach auch das schwächere Mittel des Schutzes und der Hilfe. Die Pflegschaft dient im Gegensatz zur Vormundschaft nicht zum Ausgleich der fehlenden Geschäftsfähigkeit der hilfsbedürftigen Person. Die Kompetenzen der Pflegschaft richten sich nach dem Zweck, für den jeweils der Pfleger bestellt wird. Sie hat daher nicht die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen des Mündels zum Gegenstand, sondern die Pflegschaft ist auf eine besondere Angelegenheit beschränkt. Die Pflegschaft ist demnach als ergänzendes Institut für solche Fälle gedacht, die durch die beiden anderen Institute, die elterliche Gewalt und die Vormundschaft, nicht erfüllt werden können.

Die elterliche Gewalt umschließt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen[6]) und nach beiden Richtungen das Kind zu vertreten.[7])

Die Vormundschaft ist eine allgemeine Fürsorge für eine Person und deren Vermögen, welche die Vertretungsmacht mitumfaßt.[8])

---

[4]) § 1781 Ziff. 2 u. 4, 1915 I BGB.
[5]) Motive IV, 1044, 1352.
[6]) §§ 1627, 1631 ff. BGB.
[7]) § 1630 BGB.
[8]) § 1793 BGB.

Die Pflegschaft ist ein vormundschaftlicher Schutz nur für besondere Angelegenheiten, so einer Person, eines Vermögens oder einer einzelnen Angelegenheit, der nur, insoweit die Bestellung reicht, die Vertretung zuläßt.

Nur in den gesetzlich bestimmten Fällen ist die Pflegschaft möglich. Das Kammergericht[9]) lehnt mit Recht eine Analogie in sonstigen Fällen ab. Durch die

Ergänzungspflegschaft § 1909 BGB.
Gebrechlichkeitspflegschaft § 1910 BGB.
Abwesenheitspflegschaft § 1911 BGB.
Pflegschaft für eine Leibesfrucht § 1912 BGB.
Pflegschaft für unbekannte Beteiligte § 1913 BGB.
Sammelpflegschaft § 1914 BGB.
Nachlaßpflegschaft § 1960 BGB

wird dem Bedürfnis genügt.

Außer den genannten Fürsorgeinstituten sei hier der Vollständigkeit halber noch die Beistandschaft genannt. Die Beistandschaft ist ein Überrest der Geschlechtsvormundschaft über die Frauen im römischen Recht. Der Beistand ist der zur Unterstützung und Überwachung in der Ausübung der elterlichen Gewalt der Mutter vom Vormundschaftsgericht bestellte Helfer. Sein Zweck ist die Unterstützung und Überwachung der Mutter in der Ausübung der elterlichen Gewalt.[10]) Der Beistand hat die rechtliche Stellung eines Gegenvormundes.[11]) Zur wirksamen Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte ist seine Genehmigung nötig.[12]) Auf Antrag der Mutter kann das Vormundschaftsgericht dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder zum Teil übertragen. In diesem Falle hat der Beistand die Stellung eines Pflegers.[13])

II. Abschnitt.

Der Pfleger für die Leibesfrucht im römischen Recht.

§ 2. Die Berücksichtigung der Leibesfrucht im römischen Recht.

Die Pflegschaft der Leibesfrucht ist keine Neuerung, die das BGB einführte. In Jahrhunderten hat sich dieses Institut zu dem entwickelt, was es heute ist. Im römischen Recht war es

[9]) KGJ 35 A S. 9 ff.
[10]) Wedermann a.a.O. § 269 S. 272.
[11]) § 1694 BGB.
[12]) § 1690 BGB.
[13]) § 1693 BGB.

zunächst die familia, die den Schutz über ihre fürsorgebedürftigen Mitglieder ausübte. Zu den fürsorgebedürftigen Mitgliedern gehörte zunächst der nasciturus nicht. Unter nasciturus will Verfasser in der ganzen Abhandlung den beim Tode des Vaters bereits Erzeugten, aber noch nicht Geborenen, verstanden wissen. Eine Reihe namhafter Forscher[14]) des römischen Rechts kommen zu dem durchaus möglichen Resultat, daß in dem Zwölftafelgesetz, dem ersten Volksgesetze, der nasciturus noch keine rechtliche Berücksichtigung gefunden hat. Sie folgern das aus den uns erhaltenen Überresten dieses Gesetzes. Besonders werden für diese Meinung Julians Worte:[15]) „... quia lex duodecium tabularum[16]) eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit" herangezogen. Aus dieser Stelle ist zu entnehmen, daß das Zwölftafelgesetz den nasciturus erbrechtlich nicht berücksichtigte.

Nach Pernice[17]) ist es sicher, daß die ältere Rechtswissenschaft den Begriff „nasciturus" überhaupt nicht gekannt hat.

Folgt man der Ansicht obiger Forscher, so ist auch anzunehmen, daß in dem Gewohnheitsrecht, das vor den zwölf Tafeln galt, der nasciturus keine rechtliche Berücksichtigung fand, da das Zwölftafelgesetz das damals geltende Gewohnheitsrecht enthält.

Weil man die Leibesfrucht rechtlich nicht berücksichtigte, kannte man auch keinen Pfleger für die Leibesfrucht.

Die rechtliche Berücksichtigung des nasciturus auch im späteren römischen Zivilrecht ist übrigens höchstens im Erbrecht von Bedeutung gewesen.

Wie zu jeder Zeit sich das Recht weiterentwickelt, so trat mit der Zeit an Stelle des strengen und engen formalistischen Rechtsstandpunktes, der zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung herrschte, eine weitherzige Interpretation. Die zwölf Tafeln hatten den Satz aufgestellt: „si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto", und weiter „si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento". Sui he-

---

[14]) Mühlenbruch in Glücks Erläuterungen der Pandekten Bd. 36/173 ff.; Bd. 39/365 ff.; Heumann S. 301; Schirmer § 4 Anm. 3; und weitere bei Perl S. 12 ff. und bei Seehuber S. 14 ff. Genannte.

[15]) Dig. 38, 16, 6 Julian lib. LIX Dig.

[16]) vgl. den Text des Zwölftafelgesetzes bei Bruns Fontes juris romani antiqui. 6. Aufl. hrsg. von Mommsen und Gradenwitz, 1. Teil. Freiburg 1893. S. 15 ff.

[17]) Pernice. Bd. I S. 196.

[18]) Pernice S. 198.

redes waren aber nur, qui in potestate morientis fuerunt. Auch hiernach war der nasciturus nicht Erbe, weil man den nasciturus nicht zu den sui heredes zählte.[18]) Selbst nach den Definitionen der klassischen Juristen gehört der nasciturus nicht in diese Kategorie.[19])

Schon bald mußte man es als unbillige Härte empfinden, daß der nasciturus nicht erben konnte. Dieser Härte konnte man nur durch extensive Interpretation des vorhandenen geschriebenen Gesetzes abhelfen. Den nasciturus brauchte man nur als ein in der Natur existierendes Wesen zu betrachten. Dies ist dann auch geschehen. Aus Ciceros Werk[20]) „De oratore" folgert man aus der Frage: „Num quis eo testamento, quod pater familias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit"? und Antwort: „Nemo, quia constat agnascendo rumpi testamentum, daß bereits zu der Zeit Ciceros die Erbfähigkeit des nasciturus möglich war, und ihm bereits ein Noterbrecht zustand. Wann genau das Noterbrecht für den nasciturus eingeführt ist, ist bisher nicht nachgewiesen worden. An sich ist der genaue Zeitpunkt hierfür auch gleichgültig. Unbestritten ist die Tatsache, daß spätestens zu Ciceros Zeit der nasciturus rechtlich berücksichtigt wurde. Es wird die Ansicht vertreten, daß schon zur Zeit der Zwölftafelgesetze ein Noterbrecht des nasciturus bestanden habe. Das ist schwer mit der strengen Erbfolge, die die Zwölftafelgesetze kannten, in Einklang zu bringen, und nach dem bereits Ausgeführten unwahrscheinlich. Wahrscheinlicher ist, daß die rechtliche Berücksichtigung des nasciturus erst nach langer Rechtsentwicklung Tatsache geworden ist. Bei diesem oben erwähnten Noterbrecht, bei dem jemand sogar gegen den Willen des Erblassers Erbe werden konnte, handelt es sich um die Berufung des nasciturus zum Erben durch das Gesetz.

Aber auch durch Testament konnte jemand im römischen Recht zum Erben berufen werden. Während die Erbfähigkeit des nasciturus als gesetzlichen Erben auf Grund weitherziger Interpretation sich entwickelte, hat die Berufungsmöglichkeit des nasciturus zum Erben durch Testament sich erst zeitlich später durchgesetzt. Die testamentarische Erbfähigkeit des nasciturus entwickelte sich aus zwingender Notwendigkeit.

Den sui heredes, das sind die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Deszendenten, stand ein formelles Noterbrecht zu. Das hieß also, daß der Testator nach jus civile, wenn

[19]) Mühlenbruch-Glück 36/173 ff.
[20]) Cicero, de or. 1, 241.

er sui heredes hatte, sie entweder zu Erben einsetzen oder enterben mußte, sonst war das Testament formal ungültig. Dabei war eine bestimmte Quote, auf welche die Erbeseinsetzung erfolgen mußte, nicht vorgeschrieben. Es genügte also zur Gültigkeit, daß die sui heredes auf den kleinsten Erbteil eingesetzt wurden. Schwierigkeiten boten sich bei den postumi sui. Die postumi sui sind die Nachkommen des Erblassers, die nach Errichtung des Testamentes „agnascieren", sei es durch Geburt oder durch Wegfall ihres Parens. Da diese postumi-incertae personae waren, konnten sie weder im Testament eingesetzt noch exherediert werden. Aber Ulpian[21]) berichtet, daß das ganze Testament nichtig war, wenn ein postumus suus übergangen wurde. Die Praeterition eines postumus hatte die sogenannte ruptio testamenti zur Folge, ohne Unterschied, ob der postumus ein Sohn, eine Tochter oder ein Enkel war. Es trat in diesen Fällen die Intestaterbfolge ein.

Aus diesem unbilligen Rechtszustand entwickelte sich schon früh für die nach dem Tode des Erblassers geborenen Nachkommen, für die postumi legitimi, die Fähigkeit, als Erben im Testament eingesetzt zu werden. Dies war die testamenti factio passiva. Sie wurde durch die Jurisprudentes für zulässig erklärt. Seit der Formel des Aquilius Gallus[22]) war es möglich, einen nach dem Tode des Testators geborenen Enkel, der aber zur Zeit des Todes schon ein nasciturus (postumi Aquiliani) war, zum Erben einzusetzen oder zu enterben. Voraussetzung war jedoch, daß sein Vater, der Sohn des Testators, nach der Testamentserrichtung, aber vor dem Tode des Erblassers starb.

Die Erbfähigkeit der postumi, d. h. der nach der Errichtung des Testamentes Geborenen, regelte die lex Junia Velleja. Diese ist aus der Zeit des Claudius oder Nero. Bisher ist es noch nicht gelungen, mit Sicherheit die Zeit genau festzustellen.[23])

Die lex Junia Velleia enthielt zwei Kapitel. In dem ersten war bestimmt, daß gültig zu Erben eingesetzt oder enterbt werden können sui, die nach Errichtung des Testamentes bei Lebzeiten des Erblassers geboren werden. Im zweiten war geregelt, daß ein Testament nicht rumpiert wurde, wenn Deszendenten

---

[21]) Ulpian Fragm. XII § 18, postumi quoque liberi cuiuscumque sexus omissi, quod valuit testamentum agnatione rumpunti.

[22]) 29 pr. Dig. de lib. et post. 28, 2. Diese lautete: „Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem mean in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.

[23]) Kübler, Röm. Rechtsgeschichte S. 244.

durch Wegfall eines Vorgängers oder sonstwie sui werden, falls sie zu Erben eingesetzt oder enterbt sind. Die lex gestattete auch die Einsetzung der bei Lebzeiten des Großvaters geborenen postumi. Hiernach wurden diese postumi Velleiani benannt. Bedingung der Enterbung des Enkels war, daß der filius gültig zum Erben eingesetzt war. Ungültig war eine exheredatio post mortem exheredati.[24])

Auch die Weiterentwicklung des römischen Rechts durch die Prätoren verschaffte dem nasciturus nach und nach eine andere rechtliche Behandlung. Ursprünglich wurde der nasciturus nur dann berücksichtigt, wenn er nach der Geburt in unmittelbarer Gewalt des Erblassers gestanden hätte. Neuerdings wurden durch die Prätoren die rechtlichen Bestimmungen bei der gesetzlichen wie testamentarischen Erbfolge auch auf die postumi alieni ausgedehnt. In der constitutio de incertis personis[25]) hat Justinian die Unterschiede zwischen ziviler und prätorischer Testamentsfähigkeit völlig beseitigt. Damit hat er die zivilrechtliche Anerkennung auch der postumi alieni festgesetzt. Mit der Berücksichtigung des nasciturus im Testament setzte sich auch durch, daß der nasciturus mit einem Vermächtnis bedacht werden konnte.

§ 3. Die Fiktion.

Zu der rechtlichen Berücksichtigung des nasciturus führte die Annahme, daß man den werdenden Menschen bereits für einen geborenen Menschen ansah. Diese Konstruktion war nötig, um über die mangelnde Rechtsfähigkeit des nasciturus hinwegzukommen. Der Mensch galt grundsätzlich vor der Geburt weder als natürliche noch als juristische Person. Für die Rechtsfähigkeit des Menschen ist immer entscheidendes Kriterium im römischen Recht die Geburt gewesen.[25a]) Das drückt bereits die Quellenstelle[26]) aus, die die Rechtsfähigkeit des Menschen behandelt: „Si vivus perfecte natus est, . . . si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium". Somit handelt es sich beim nasciturus um Ausnahmebestimmungen. Die Berücksichtigung des nasciturus beginnt mit dem Zeitpunkt seiner Existenz. Dies geschieht, um ihm den gebührenden Schutz auch schon vor der Geburt zukommen zu lassen.

---

[24]) Kübler, Röm. Rechtsgeschichte, S. 245 bes. Anm. 7.
[25]) C. 6, 48.
[25a]) Siber § 391.
[26]) C. 3 de post. 6, 29.

Das besagt die dogmatische Fiktion[27]) nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodo eius agitur.

Irriger Weise hat man angenommen, der nasciturus sei rechtsfähig, indem man einige Ausnahmebestimmungen verallgemeinerte.[28]) Ein einheitliches Prinzip in der Form nasciturus pro iam nato habetur, hat es aber nie gegeben.[29])

Dieser Satz hatte ursprünglich, wie Albertario[30]) nachzuweisen sucht, keine allgemeine Bedeutung. Ursprünglich lautete er: „ex iustis nuptiis conceptus in natura verum esse existimatur". Somit war die Konzeption entscheidend für den in rechtmäßiger Ehe Erzeugten und nicht die Geburt. Das galt für diese für den Status und die Sukzessionsfähigkeit. Für illegitime Kinder richtete sich der Status nach der Geburt. Das änderte sich unter christlichen humanitären Einflüssen. An Stelle der Erzeugung in rechtmäßiger Ehe wurde der Nutzen oder Vorteil des Kindes maßgebend.

Bis zur Geburt besteht nur eine passive Verbindung zwischen Erbschaft und nasciturus. Der nasciturus bekommt eine Anwartschaft, die Erbschaft später einmal, wenn er rechtsfähig ist, zu erwerben.[31]) Erlangt die Leibesfrucht keine Rechtsfähigkeit, so hat sie nie existiert.[32]) Das für sie Aufgehobene kommt an andere.

Dieser rechtliche Schutz des nasciturus war nötig. Es kommt vor, daß während der Schwangerschaft eine Tatsache eintritt, durch welche der nasciturus etwas erwerben würde, falls er schon geboren gewesen wäre. Der nasciturus kann die Erwerbung nicht machen. Weil der Empfangene doch schon quodammodo in rerum natura ist,[33]) wird ihm die Erwerbung aufgehoben für den Fall, daß er lebend geboren wird.

§ 4. Der curator ventris.

Zu gleicher Zeit, wo der nasciturus rechtliche Berücksichtigung fand, setzte auch die Fürsorge für ihn und seine Interessen ein. Vor allem mußte dafür gesorgt werden, daß dem zu erwartenden Kinde die Erbschaft oder der Anteil an der Erbschaft zukam.

---

[27]) Endemann, S. 119 Note 17 a und die dort zitierte Literatur.
[28]) Leonhard, Institutionen, § 42 II.
[29]) Pernice S. 146.
[30]) Albertario „Studii di diritto Romano" exzerpiert von Kübler in Zeitschr. d. Savignystiftg. 45. Bd. der Rom. Abt. S. 583.
[31]) Brinz, Pandekten I, S. 50.
[32]) v. Wächter, Bd. I § 40 S. 293.
[33]) l. 7 Dig. de suis 38, 16.

In bestimmten Fällen übernahm der Tutor in Rom die Fürsorge. Er sorgte für Unmündige und die Frauen, die nicht unter der Gewalt ihres Hausvaters oder in der manus ihres Mannes standen.

Der Mannigfaltigkeit des sich entwickelnden Lebens genügte der Tutor als Fürsorgeperson allein nicht.

Es bildete sich daneben der Kurator. Die Kuratel war eine Spezialfürsorge, die oft nur für ein Vermögen oder für eine Person und manchmal für beide bestand.

Ausgehend von dem curator furiosi und dem curator prodigi, die bereits das Zwölftafelgesetz[34]) kannte, wurde das Institut durch Sitte und prätorische Ausbildung weiter ausgebaut. Aus ursprünglich eigennützigen Gewalten entwickelten sie sich zu fremdnütziger Fürsorge.[34a]) Nach und nach bildeten sich weitere Spezialfälle der cura.

Die cura war somit ein in ihrer Ausdehnung neueres Institut. Die Kuratel ist das vormundschaftliche Verhältnis, das nicht Tutel ist. Die cura ist ohne potestas und als bloße Fürsorge zu betrachten. Die Fürsorge wurde durch Hilfsbedürftigkeit herbeigeführt. Sie würde als Bürgerpflicht unter öffentlicher Autorität begründet.

Eine der später[34b]) erst auftretenden Einrichtungen war die des curator ventris.[35]) Wenn beim Tode des Erblassers eine Frau schwanger war, und das Kind erbberechtigt sein wird, so kann möglicherweise zum Schutze des Ungeborenen die Frau in den Erbschaftsbesitz eingewiesen werden.

Die Frau mußte wirklich schwanger sein. Ist sie beim Erbfall und zur Zeit des Nachsuchens der Immission nicht schwanger, so gilt die Besitzeinweisung als nicht erteilt. Eine Feststellung durch Eid der Schwangeren oder Eid des Gegners, daß sie nicht schwanger ist, ist möglich.

Wenn die Frau sich fälschlich für schwanger ausgibt, macht sie sich der calumnia schuldig. Der nasciturus muß suus heres des Erblassers werden. Die missio ventris nomine ist eine lediglich provisorische Einweisung. Sie gewährt eine interimistische Innehabung. Als Schutzmittel stand dem Immittierten das „Interdictum, ne vis fiat ei, qui in poss." zu. In ungewissen Fällen wurde die Leibesfrucht immer eingewiesen. Man vertrat

---

[34]) a.a.O. V, 7.

[34a]) Siber § 108 b S. 321.

[34b]) Siber § 108 S. 327 „Prätorisch ist auch der curator ventris".

[35]) l. 1 § 9 Dig. de ventre in possion. mittendo 37,9 Ulp. libro 41 ad edictum. Nach Albertario ist der Satz et sane-speretur interpoliert.

den Standpunkt, besser und gerechter sei es, hin und wieder mal vergebliche Kosten aufzuwenden, als jemals dem Alimente zu verweigern, der durch Zufall Herr des Vermögens werden kann. Es wurde somit immer die Leibesfrucht in den Besitz eingewiesen, wenn nur die Möglichkeit bestand, daß sie Erbe werden konnte.

Es war üblich, daß die Schwangere die Einweisung der Leibesfrucht in den Besitz erbat. Falls Schwierigkeiten und Streit über das Erbrecht oder eine sonstige Angelegenheit entstanden, entschied der Prätor. Er erließ ein Dekret nach Art des Karbonianischen Edikts.

Die Begünstigung des nasciturus war deswegen so stark, damit er unter allen Umständen nicht nur der Familie, sondern auch dem Staate geboren wurde.

Sobald eine Leibesfrucht in den Besitz gesetzt wurde, forderte die Schwangere auch regelmäßig einen Kurator für die Leibesfrucht und für den Nachlaß.[36]) Ist nur für die Leibesfrucht ein Kurator bestellt worden, so muß den Nachlaßgläubigern gestattet werden, daß sie das der Leibesfrucht vorbehaltene Vermögen unter ihre Obhut nehmen.[36]) Ist aber nicht nur für die Leibesfrucht, sondern auch für den Nachlaß ein Kurator bestellt worden, so hat der Kurator die Sorge für den Nachlaß. Es kann auch einer, der zu erben hofft, oder die Gläubiger der Erbschaft dafür sorgen, daß ein Kurator für den Nachlaß bestellt wird. Sie können sogar auf einen Kurator für den Nachlaß bestehen, der nicht gleichzeitig curator ventris ist.[37])

Üblicherweise wurde sonst für die Leibesfrucht und den Nachlaß ein und derselbe Kurator bestellt.[37])

Die Schwangere darf nur das aus dem Nachlaß verlangen, was unbedingt notwendig ist, um die Frucht zu erhalten und zur Geburt zu bringen. Das den Vermögensverhältnissen des Erblassers und seiner und der Schwangeren Würde Angemessene hat der curator aus dem Nachlaß an Speise, Trank, Kleidung und Wohnung der Schwangeren zu besorgen. Dies wurde gleich einer Schuld vom Nachlaß abgezogen.[38]) Die Leibesfrucht blieb bis zur Geburt oder dem Zeitpunkt, in dem feststand, daß keine Schwangerschaft vorlag, im Besitz.[39]) Solange dauerte auch die Kuratel.

---

[36]) l. 1 § 17 Dig. 37, 9.
[37]) l. 1 § 18 Dig. eod. tit.
[38]) l. § 9 Dig. 37, 9.
[39]) l. § 27 Dig. 37, 9.

Zum curator sollte nur eine geeignete Persönlichkeit „vir bonus" gewählt werden.[40]) Die Obervormundschaft hatte vorzugsweise des zu erwartenden Kindes nächste Verwandten oder den künftigen Tutor zum curator zu nehmen. Diese Personen waren besonders geeignet. Sein Amt hatte der curator zu führen wie der Tutor.[41]) Insbesondere wurde dem curator zur Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, daß keine Erbschaftsstücke usukapiert werden, und daß Forderungen nicht verjähren konnten.[42]) Der curator hatte auch die Masseschulden zu berichtigen.[43]) Beim Verkauf von Erbschaftsstücken hatte sich der curator der Zustimmung,[44]) bei der Anfertigung des Inventars der Unterschrift der etwa in Frage kommenden Berechtigten zu vergewissern.

Im übrigen folgte die Kuratel den Grundsätzen der Tutel. Aus den inhaltlich wiedergegebenen Quellenstellen erkennt man, wie ausgebaut bereits im römischen Recht das Institut des curator ventris war.

III. Abschnitt.

Der Pfleger für die Leibesfrucht im deutschen Recht.

§ 5. Der Pfleger für die Leibesfrucht in den deutschen Rechten bis zum BGB.

Die deutschen Rechte treffen in ähnlicher Weise wie das römische Recht Fürsorge für den nasciturus und seine künftigen Rechte.

In germanischer Zeit stand jede Schutzpflicht der Sippe zu in den Fällen, wo die Schutzgewalt des Vaters bzw. des Ehemannes fehlte. Es war eine Gesamtvormundschaft der Sippe. Diese bestellte einen ihrer Mitglieder als Verwalter, damit dieser unter ihrer Aufsicht und Verantwortlichkeit die Geschäfte der Vormundschaft führte, welche die Sippe in ihrer Gesamtheit nicht erledigen konnte.[46])

Von jeher galt der Satz, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen nicht eher beginne, bevor er nicht als selbständiges Wesen in die Erscheinung getreten ist, d. h. nicht vor vollende-

---

[40]) l. 1 § 23 Dig. 37, 9.
[41]) l. 1 § 22 Dig. 37, 9.
[42]) l. 1 § 21 Dig. 37, 9.
[43]) l. 1 § 1 Dig. 37, 9.
[44]) l. 1 § 26 Dig. 37, 9.
[46]) Brunner-v. Schwerin § 3.

ter Geburt.[47]) Das bayerische Landrecht[48]) erforderte für die Rechtsfähigkeit vollkommene Geburt und menschliche Gestalt. Dasselbe bestimmte das Preußische Allgemeine Landrecht,[49]) wie das Sächsische BGB.[50])

Auch in den deutschen Rechten war die Erhaltung des Erbrechtes für den nasciturus von ausschlaggebender Bedeutung. Hierauf deuten schon die Bestimmungen der Stammesrechte hin. So heißt es beispielsweise im Sachsenspiegel:[51]) Nû vernemmet umbe ein wîb, die kint treget nah ires mannes tôde... Wirt daz kint lébendic geborn... daz kint beheldet des vater erbe". Das Bayerische Landrecht hat dem Inhalte nach die gemeinrechtliche dogmatische Fiktion übernommen. Es heißt im Cod. Maximilianeus Bavaricus civilis:[52]) Ungebohrne oder im Mutterleib liegende werden für geboren erachtet, wenn es ihr Nutzen also fordert und die lebendige Geburt wirklich darauf erfolgt...". Auch die anderen Partikularrechte, so das Badische Landrecht[53]) und das Sächsische BGB,[54]) sorgten im Prinzip in gleicher Weise für den nasciturus. Das Allgemeine Preußische Landrecht[55]) enthielt den Satz: „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis. Weiter bestimmte § 12; „Bürgerliche Rechte, die einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängnis schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten".

Somit sind dem Embryo auch in den deutschen Rechten seine künftigen Rechte durch das Gesetz vorbehalten. Der nasciturus, der selbst nicht rechtsfähig ist, wurde in dieser Weise rechtlich berücksichtigt.

In allen Fällen ist ihm ähnlich wie im römischen Recht ein Pfleger oder Vormund bestimmt worden, dessen Aufgaben jeweils in den einzelnen Gesetzen verschieden geregelt sind.

Wenn sich auch die späteren Gesetzbücher teilweise der

---

[47]) Hübner § 6 I.
[48]) Danzer, Teil I, Kap. 3 § 2, 4.
[49]) Koch, I. Teil § 12.
[50]) §§ 30, 34, bes. 32 des Sächs. BGB.
[51]) Sachsenspiegel B. I Art. 33.
[52]) Danzer, Teil I Kap. 3 § 2 Nr. 3.
[53]) Hachenburg, Das badische Landrecht, 10. Titel, 2. Kapitel, 1. Abschnitt.
[54]) § 32 Satz 2 des Sächs. BGB.
[55]) Koch, Teil 1 Tit. 1 § 10 u. 12.

römischen Fassung anschlossen,[56]) so trugen sie doch zugleich auch der einheimischen Rechtsanschauung Rechnung.

Nach dem Preuß. Landrecht ist zu unterscheiden: Schließt die zu erwartende Leibesfrucht alle anderen Erben aus, so wird der curator der Leibesfrucht auch Verlassenschaftskurator. Dieser hat, gleich einem curator unbekannter oder abwesender Erben, unter gerichtlicher Aufsicht den Nachlaß zu verwalten.[57]) Zu Verfügungen über die Substanz der Erbschaft ist die Einwilligung der zunächststehenden Erben notwendig.[58]) Die Nächstberechtigten können die Erbschaft herausverlangen, wenn keine lebendige Leibesfrucht zur Welt kommt.[59]) Sie gilt als zur Zeit des Erbfalls bereits diesen als angefallen. Verwaltungs- und Alimentationskosten sind abzurechnen.

Sind andere neben dem nasciturus erbberechtigt, so wird diesen die Nachlaßverwaltung übertragen, welche sie unter Zuziehung des curators des Leibesfrucht verwalten.[60]) Die Erbteilung erfolgt erst, nachdem der Fall geklärt ist, also nicht nach der Geburt.[61]) Wenn der nasciturus Alleinerbe würde, hat der curator somit zwei verschiedene Kuratelen. Der Verlassenschaftskurator ist Sequester nicht nur im Interesse der Leibesfrucht, sondern auch der nach ihr Berufenen. Kommt die Leibesfrucht nicht lebend zur Welt, so hat er im Namen der nach der Leibesfrucht Berufenen verwaltet und besessen.

Wann ein Bedürfnis für die Pflegschaft vorliegt, ist in den verschiedenen Gesetzen jeweils gering abweichend geregelt. Nach dem Preuß. Landrecht lag ein Bedürfnis vor: „In allen anderen Fällen, wo einem schon geborenen Menschen wegen Unmündigkeit ein Vormund zuzuordnen ist, muß der noch ungeborenen Leibesfrucht ein curator bestellt werden, dies muß geschehen, sobald eine vorhandene oder nur vermutete Schwangerschaft angezeigt worden ist". Es fanden sich weitere Bestimmungen im A.L.R. über die Pflichten des curators über Unterhalt der Schwangeren und das Verhältnis zur Nachlaßpflegschaft. Nach der Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 war eine Verbindung beider Pflegschaften nicht mehr geboten. Gemäß § 7 war für die Pflegschaft das Vormundschaftsgericht zuständig. Der zu bestellende curator vertritt eigentlich

---

[56]) A.L.R. I, 1 § 10.
[57]) A.L.R. I, 9 § 373 Satz 1 u. § 374.
[58]) A.L.R. I, 9 § 373 Satz 2.
[59]) § 375. A.L.R.
[60]) §§ 378, 79. A.L.R.
[61]) § 380. A.L.R.

keine Person, er ist einem Verwahrer ähnlich. Er ist nur imstande, im eigenen Namen die Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die zur Wahrung des ihm anvertrauten Rechts nötig sind. Mithin ist er nicht in der Lage, namens einer nichtexistierenden Person Rechtsgeschäfte zu schließen.[62])

Das Sächs. Gesetzbuch schließt sich noch enger dem römischen Rechte an.[63]) Für die Leibesfrucht wird auf Antrag der schwangeren Witwe oder von Amtswegen ein Vormund bestellt. Zunächst wird der vom Vater dazu Berufene, sonst ein Verwandter, der aber nicht der nächste Erbe sein darf, bestellt. Der curator ventris hat, falls der nasciturus Alleinerbe wird, bereits die Erbschaftsklage aufs Ganze, wenn neben ihm andere Erbberechtigte stehen, pro parte. Für die Leibesfrucht ist einstweilen eine Drillingsgeburt zu unterstellen. Mit der Geburt oder bei sonstiger Klärung der Lage wird die Erbschaft zugewiesen. Aus den Nutzungen der Erbschaft hat die Mutter das Recht des Unterhalts während der Schwangerschaft. Ist die Schwangere zugleich Witwe des Erblassers, so kann sie dies Recht nur beim Mangel anderweitiger Unterhaltsmittel geltend machen. Auf Antrag der Witwe oder, wenn die Umstände es erforderten, wurde der Vormund von Amtswegen bestellt.[64])

Wenn auch in Einzelheiten die Rechte verschieden waren, so hatten doch alle das gleiche Prinzip, bereits dem nasciturus für den Fall seiner Geburt hinreichenden Schutz zukommen zu lassen. mit Rücksicht auf seine künftigen Rechte.

IV. Abschnitt.

Der Pfleger für die Leibesfrucht im geltenden Recht.

§ 6. Die Leibesfrucht ist nicht rechtsfähig.

Der § 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches: bestimmt: Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.

Der Mensch ist Rechtsperson, weil er fähig ist, Subjekt von Rechten und Rechtspflichten zu sein. Diese Fähigkeit zu Rechten und Pflichten wird zusammengefaßt unter dem Ausdruck Rechtsfähigkeit. Mensch in juristischem Sinne wird man erst mit der Vollendung der Geburt. Vollendet ist die Geburt mit der auf natürlichem oder künstlichem Wege herbeigeführten

---

[62]) Koch, I. Teil, 1. Tit. § 12 Anm. 14 S. 81.
[63]) §§ 1995—97 ff.
[64]) § 1995.

Trennung vom Mutterleib.[65]) Erst mit der Trennung vom Mutterleibe entsteht der Mensch, vorher ist er Leibesfrucht. Die Leibesfrucht ist der durch den Eintritt der Empfängnis im Mutterleibe gelegte Keim zur Entstehung des Menschen.

Aus § 1 BGB ist zu folgern, daß vor der Vollendung der Geburt der nasciturus nicht rechtsfähig ist. Denn der im § 1 gewählte Ausdruck „Beginnen" besagt, was von nun an vorliegt und bisher noch nicht da war. Es ist also im Gesetz selbst die Rechtsfähigkeit des nasciturus abgelehnt. Trotzdem wird in der Literatur[66]) die Meinung vertreten, die Leibesfrucht sei voll oder beschränkt rechtsfähig. Diese Ansicht verstößt aber gegen das Gesetz und ist deshalb abzulehnen. Die Leibesfrucht ist mithin nicht rechtsfähig. Sie ist wie in früheren Rechten Gegenstand rechtlicher Fürsorge. Für ihren Schutz ist sowohl im geltenden Strafrecht[67]) wie im Zivilrecht gesorgt. Im Zivilrecht sind der Leibesfrucht vom Gesetz zukünftige Rechte für den Fall, daß der Mensch zur Entstehung gelangt, vorbehalten worden. Daher war es auch im geltenden Recht notwendig, für die Wahrung dieser vorbehaltenen Rechte Fürsorge zu treffen. Das Gesetz hat durch Aufnahme der Leibesfruchtpflegschaft im § 1912 BGB hinreichend für diese gesorgt. Wie die Eltern oder der Vormund nach der Geburt des Kindes die Rechte desselben zu vertreten haben, so nimmt die Fürsorge vor der Geburt der Pfleger wahr. Der Erwerb der vorbehaltenen Rechte der Leibesfrucht hängt davon ab, daß der Mensch zur Entstehung gelangt.

Völlig im Einklang mit § 1 BGB stehen auch alle anderen gesetzlichen Bestimmungen, in denen die Leibesfrucht berücksichtigt worden ist. Der Gedanke der gemeinrechtlichen Fiktion findet sich im § 1923 Abs. II wieder, der besagt; „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren". Wie im römischen Recht soll auch hierdurch lediglich zum Ausdruck kommen, daß die künftigen Rechte eines noch nicht Vorhandenen, aber bereits Erzeugten für den Fall seiner Lebendgeburt[68]) vorbehalten werden. Aus den einzelnen Bestimmungen über die vorbehaltenen Rechte des nasciturus ist zu entnehmen, daß das BGB die gemeinrechtliche dogmatische Fiktion nicht allgemein anerkennt.[69])

---

[65]) Mot. Bd. I S. 28.
[66]) Kohler S. 147 ff.; Leonhard, S. 110.
[67]) §§ 217, 218 StGB.
[68]) Hachenburg, Vorträge, S. 339.
[69]) Planck I 3. Erläut. zu § 1.

Nach herrschender Meinung besitzt der nasciturus auch keine Rechte, sondern er hat nur Anwartschaften. Es ist daher unnötig, die zu Gunsten des nasciturus eintretenden Rechtsfolgen dadurch zu erklären, daß man eine beschränkte Rechtsfähigkeit des nasciturus annimmt, oder eine juristische Person,[70]) oder ein Zweckvermögen. Bei den zu Gunsten des nasciturus eintretenden Rechtsfolgen handelt es sich um Vorwirkungen eines Teiltatbestandes, dessen Vervollständigung kraft Gesetzes von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängt.[69]) Auch aus den anderen Bestimmungen[71]) ist keineswegs zu folgern, daß eine Rechtsfähigkeit des nasciturus vom Gesetzgeber gewollt ist.

§ 7. Die Erfordernisse für die Leibesfruchtpflegschaft.

Im BGB bestimmt § 1912, unter welchen Voraussetzungen ein Pfleger für die Leibesfrucht bestellt werden kann. „Eine Leibesfrucht erhält zur Wahrung ihrer künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger. Die Fürsorge steht jedoch dem Vater oder der Mutter zu, wenn das Kind, falls es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde".

§ 8. Die Leibesfrucht.

Auch hier versteht man unter Leibesfrucht das bereits erzeugte, ungeborene Kind. Es scheidet somit der noch nicht Erzeugte in dieser Abhandlung aus. Damit die Pflegschaft für die Leibesfrucht angeordnet werden kann, ist es notwendig, daß dem Gericht eine Schwangerschaft dargetan wird. Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, ob es darüber, ob eine Schwangerschaft vorliegt, einen Sachverständigen hören will. Gleichgültig ist es zunächst, ob die Leibesfrucht ehelich oder unehelich empfangen ist.[72]) Auch ist es ohne Belang, ob die Schwangere unverheiratet, oder verheiratet ist, oder ob sie verheiratet gewesen ist. Der § 1912 BGB gilt für alle Fälle. Es macht nichts aus, ob die Schwangere geschäftsfähig, geschäftsbeschränkt oder geschäftsunfähig ist. Jedenfalls muß eine Leibesfrucht vorhanden sein, deren Schutz der § 1912 BGB bezweckt. Für die Rechte der Schwangeren kann eine Pflegschaft gem. § 1912 BGB daher nicht angeordnet werden. Für den Unterhalt der Schwangeren ist übrigens, wenn die Frau mit einem

[70]) Kohler, I § 151.
[71]) §§ 331, 844, 1923 II BGB. usw.
[72]) Mot. Bd. IV S. 1264.

Erben schwanger ist, durch die Vorschrift des § 1963 BGB gesorgt, ähnlich wie in Rom bei der missio in possessionem ventris nomine. Der § 1963 BGB beschränkt jedoch den Unterhalt auf die Mutter, die außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.

§ 9. Die Pflegschaft wird angeordnet für die künftigen Rechte der Leibesfrucht.

Die Pflegschaft wird für die Leibesfrucht angeordnet hinsichtlich der Wahrung ihrer zukünftigen Rechte. Unter „künftigen Rechte" im Sinne des § 1912 BGB sind nur solche zu verstehen, die das Gesetz schon vor der Geburt anerkennt.[73]) In diesen Fällen läßt das Gesetz eine passive Wirkung dieser Rechte schon vor der Geburt entstehen. Hachenburg[74]) legt den Begriff „künftige Rechte" im § 1912 BGB sehr weit aus. Er läßt auch den Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater als künftiges Recht des nasciturus gelten. Die Meinung Hachenburgs geht zu weit. Das Gesetz will nur die ausdrücklich ausgesprochenen Fälle als solche künftigen Rechte des nasciturus ansehen. Gegen die Meinung Hachenburgs läßt sich weiter folgendes ausführen: Gemäß § 1716 BGB kann der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes bereits 3 Monate vor der Geburt sichergestellt werden. Aus dieser ausdrücklichen Sonderregelung ergibt sich, daß der nasciturus grundsätzlich einen Alimentationsanspruch noch nicht hat. Somit ist der Anspruch aus § 1708 BGB kein künftiges Recht des nasciturus, weil dieser Anspruch erst mit der Geburt des Kindes entsteht und nur dem Kinde zusteht. In der Entscheidung OLG 3 Nr. 108, 5 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Rechte der Leibesfrucht durch § 1912 BGB keine allgemeine Erweiterung erfahren haben, und unter „künftigen Rechten" nur diejenigen zu verstehen sind, die das Gesetz an anderen Stellen als solche anerkennt. Nach dem BGB sind diese

1) des Recht aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter, § 331 II,
2) das Recht aus § 844 II, 2,
3) das Erbrecht im Falle des § 1923 II,
4) das Recht auf das Vermächtnis § 1923 II,
5) das Recht auf die Nacherbschaft,

dazu kommen noch die außerhalb des BGB geregelten Fälle:

§ 3 Haftpflichtgesetz,
§ 10 Kraftfahrzeuggesetz,
§ 21 Luftverkehrsgesetz.

---

[73]) Bay.OLG Bd. 12 S. 534.
[74]) Hachenburg, S. 332.

Die Ansicht, daß die dem nasciturus ausdrücklich gewährten zukünftigen Rechte mehr als nur Fürsorgerechte und reservierte Rechte seien, widerspricht ausdrücklich dem Gesetz und der herrschenden Rechtssprechung sowie den Ausführungen im § 6 dieser Arbeit. Diese abweichende Ansicht wird beispielsweise bei Heymann [75]) angedeutet, wenn er schreibt: „Dahingestellt kann bleiben, ob für den nasciturus die Rechte als vorübergehend subjektlose nur reserviert werden, oder ob nicht doch der nasciturus wirkliches Rechtssubjekt ist und sein kann, weil er — obwohl pars matris und nicht Mensch — gerade als werdender Mensch von allen sonstigen Körperteilen der Mutter und anderseits von allen sonstigen körperlichen Sachen wesentlich verschieden ist".

Da der nasciturus nicht Rechtssubjekt ist, sind die vorbehaltenen künftigen Rechte des nasciturus subjektlos. Sie harren noch des Rechtssubjekts,[76]) um vollständig zu werden. Die einzelnen Ansichten dieser künftigen Rechte und die Ansichten ihres etwaigen Trägers sind ausführlich in der Dissertation Caldemeyers[77]) behandelt, auf die hier verwiesen wird.

§ 10. Das Schutzbedürfnis.

Nur soweit die künftigen Rechte der Leibesfrucht der Fürsorge bedürfen, erhält die Leibesfrucht einen Pfleger. Ob dieses Schutzbedürfnis vorliegt, entscheidet das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen. Es ist von Fall zu Fall besonders zu prüfen. Ein Schutzbedürfnis für die künftigen Rechte ist nicht mehr vorhanden, wenn in anderer Weise für die Interessen des nasciturus gesorgt worden ist. So schränkt § 1912 S. 2 BGB, zunächst die Fälle der Leibesfruchtpflegschaft dadurch erheblich ein, daß er die Fürsorge für die Rechte der Leibesfrucht dem elterlichen Gewalthaber überträgt für die Fälle, wo das Kind, wenn es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde. Wann ein Kind unter elterlicher Gewalt steht, regeln die §§ 1626 ff., 1684, 1699, 1707 BGB.

Auf die Fürsorge der Eltern nach § 1912 2. Satz BGB finden die Vorschriften über die elterliche Gewalt entsprechende Anwendung. Daher ist es zulässig, der Mutter einen Beistand gemäß § 1687 zu bestellen. Aus gleichem Grunde wird nach den Bestimmungen des § 1643 BGB darüber entschieden, in welchen Fällen der fürsorgeberechtigte Elternteil zu einem

[75]) Heymann a.a.O. S. 60.
[76]) Hachenburg a.a.O. S. 333/334.
[77]) Caldemeyer a.a.O. S. 23.

namens der Leibesfrucht vorzunehmenden Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.[78])

Der Satz 2 des § 1912 besagt mithin, daß in diesen Fällen kein Pfleger zu bestellen ist, da der elterliche Gewalthaber die Fürsorge ausübt. Das Gesetz stellt hier eine Art Vorwirkung der elterlichen Gewalt auf. Der Zeitpunkt des Fürsorgebedürfnisses ist maßgebend für die Bestellung des Pflegers. Heiratet der Kindesvater nach Eintritt des Bedürfnisses die Mutter, also noch während der Schwangerschaft, so bleibt gleichwohl der bestellte Pfleger bis auf weiteres im Amte.

Im ausschließlichen Interesse eines Dritten darf eine Pflegschaft gemäß § 1912 nicht eingerichtet werden. Dies widerspricht dem Gesetz, das im Interesse des künftigen Menschen diese Einrichtung geschaffen hat. So hat das OLG Dresden[79]) mit Recht die Anordnung einer Pflegschaft für eine Leibesfrucht abgelehnt für eine negative Feststellungsklage bezüglich der Vaterschaft, (§ 1596 BGB), da es der Leibesfrucht in dieser Beziehung an der Parteifähigkeit fehlt.

Ausnahmsweise kann die Pflegschaft notwendig werden zum Schutze der Rechte der Leibesfrucht gegen die Mutter, namentlich zur Verhütung einer Kindesunterschiebung. In diesen Fällen konkurriert mit dem Interesse der Leibesfrucht das Interesse des Vaters an der Bestellung eines Pflegers der Leibesfrucht.

Auch das Interesse sonstiger Personen an der Anordnung einer Leibesfruchtpflegschaft kann bestehen. Aber in diesen Fällen ist für die Anordnung der Pflegschaft nur das Interesse der Leibesfrucht ausschlaggebend.[80])

Auch fehlt das Schutzbedürfnis, wenn bereits ein Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker ernannt ist.

Da gemäß § 1707 der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt nicht zusteht, hat das Vormundschaftsgericht nach dem Grundsatz des § 1912 S. 2 BGB zu prüfen, ob die Leibesfrucht unehelich oder ehelich ist. Diese Frage ist nach den §§ 1591 ff. BGB. zu entscheiden.

Ist die Leibesfrucht als ehelich festgestellt, so ist zu prüfen, ob dem elterlichen Gewalthaber gegebenenfalls die Vertretung des Kindes in der fraglichen Angelegenheit zusteht. Denn ist dies nicht der Fall, so muß auch dem ehelichen nas-

---

[78]) Blume Bem. 6 zu § 1912; Fuchs Bem. 3 b zu § 1912; Planck Bem. 8 zu § 1912.

[79]) DJZ 03/227.

[80]) RGRKomm. § 1912, 1.

citurus ein Pfleger bestellt werden. Den Fällen, in denen das Kind nicht unter elterlicher Gewalt steht, sind die Fälle gleichgestellt, in denen das Kind zwar unter elterlicher Gewalt steht, dem Gewalthaber aber die Vertretung des Kindes in der in Frage stehenden Angelegenheit nicht zusteht.[81]) Daher kann Pflegschaft angeordnet werden, wenn der Vater verstorben oder die Mutter minderjährig ist, ferner, wenn den Eltern die Verwaltung des der Leibesfrucht zugedachten Vermächtnisses entzogen ist.

Verneint das Vormundschaftsgericht die Ehelichkeit und bestellt es einen Pfleger, so kann diesem die Legitimation mit Rücksicht darauf, daß das zu erwartende Kind ehelich sei, nach Staudinger[82]) bestritten werden. Planck[83]) hält das nicht für möglich.

Ist aber eine Pflegschaft nicht eingeleitet, so kann die Legitimation des für die Leibesfrucht handelnden Elternteils übereinstimmend nach Staudinger[82]) und Planck[83]) bestritten werden. Die Legitimation wird in diesen Fällen mit der Begründung bestritten, daß das Kind kein eheliches sei. Planck gibt hierzu die einleuchtende Begründung, daß die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts darüber, daß das zu erwartende Kind ehelich und deshalb eine Pflegschaft nicht anzuordnen sei, nicht gegen Dritte wirke.

§ 11. Die Leibesfruchtpflegschaft im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz.

Der § 1912 BGB wird ergänzt durch § 38 Jug.Wohlf.Ges. Gemäß § 38 Jug.W.Ges. kann auf Antrag des Jugendamtes oder der unverehelichten Mutter für die Leibesfrucht ein Pfleger bestellt werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 1912 S. 1 BGB nicht gegeben sind.

Es kann demnach ein Pfleger für die Leibesfrucht dann bestellt werden, wenn künftige Rechte der Leibesfrucht nicht zu wahren sind. Die Pflegschaft ist auch dann zulässig, wenn nur die künftigen Unterhaltsansprüche des zu erwartenden Kindes gesichert werden sollen, obwohl das Recht auf Unterhalt erst mit Vollendung der Geburt des Kindes entsteht. Da diese Pflegschaft nur auf Antrag der unverehelichten Schwangeren oder des Jugendamtes angeordnet werden kann, ist eine Anordnung der Pflegschaft von Amtswegen unzulässig.

---

[81]) Fuchs 3 a zu § 1912.
[82]) Staudinger Bem. 7 zu § 1773.
[83]) Planck Anm. zu § 1912.

Als zuständiges Jugendamt kommt das des gewöhnlichen Aufenthaltsortes der Mutter in Frage. Dieses kann den Antrag gemäß § 38 Jug.W.Ges. stellen. Als Pfleger kann in diesen Fällen auch das Jugendamt selbst, oder gemäß § 47 Jug.W.-Ges. der Vorstand einer Anstalt oder eines Vereins bestimmt werden. Ausnahmsweise erfolgt hier die Bestellung durch schriftliche Verfügung des Vormundschaftsgerichts. §§ 41 II 46, 47 Jug.W.Ges. Als Pfleger kommen demnach auch in Frage Provinzialverwaltungen, Kreise, Städte, wie besonders konfessionelle Anstalten. Jedesmal erfolgt die Bestellung auf Vorschlag des Jugendamtes. Pfleger kann aber auch eine dem Mündel nahestehende Einzelperson sein. Wird keine Einzelperson zum Pfleger bestellt, so ist der Pfleger gemäß § 47 Jug.W.Ges. auch befugt, anstelle der Mutter die einstweilige Verfügung auf Hinterlegung des Unterhalts gemäß § 1716 BGB zu erwirken. In diesem Verfahren kann die Mutter dann als Zeugin vernommen werden. Mit der Geburt des Kindes wird der Pfleger im Einverständnis mit dem Jugendamt Vormund. Das Vormundschaftsgericht wird daher schon zweckmäßig vor der Bestellung feststellen, ob das Jugendamt einverstanden ist. Erklärt das Jugendamt, einverstanden zu sein, so tritt die Amtsvormundschaft des Jugendamtes bei der Geburt des unehelichen Kindes nicht ein. § 38 S. 3 JWG. Die Vormundschaft wird im Falle der Pflegschaft gemäß § 38 Satz 1 JWG bei dem Vormundschaftsgericht geführt, wo die Pflegschaft anhängig war.

Im Gegensatz zum Pfleger nach § 38 JWG ist die Bestellung der Pflegschaft unzulässig und nicht erforderlich nach § 1912 BGB zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Unterhaltsanspruchs gegen den außerehelichen Erzeuger. Dieser Anspruch setzt einen Antrag der Mutter voraus. Sie ist hierzu legitimiert nach § 1716 I, 1, obwohl sie keine gesetzliche Vertreterin des unehelichen Kindes ist gemäß § 1707 BGB. Es bedarf daher keines Pflegers[84]) zur Erwirkung dieser einstweiligen Verfügung.

§ 12. Sonderregeln.

Besondere Bestimmungen bestanden hinsichtlich der Familienschlüsse[85]) über Familienfideikommisse und Familienstiftungen.[86]) Für die bereits erzeugten aber noch nicht gebo-

[84]) Staudinger zu § 1912 und KGJ 22 A/30.

[85]) Nach §§ 42—44 A.L.R., dem Preuß. Gesetz vom 15.II.1850 und Art. 2 des Preuß.Ausf.Ges.

[86]) Der Familienschluß ist ein einstimmiger Beschluß aller an ihm teilnehmenden Familienmitglieder nach ordnungsmäßiger Ladung.

renen Familienmitglieder wurde ein Pfleger der Leibesfrucht nicht bestellt. Es wurde vielmehr abgewartet, ob Familienmitglieder binnen 302 Tagen seit dem Tage der Vollziehung des Familienschlusses durch ihre Eltern geboren würden. Erst dann war ein Pfleger für sie zu bestellen, der dem Familienschlusse mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung beitreten konnte. Diese Vorschriften sind durch Art. 59 EGBGB bezüglich der Stiftungen durch § 85 BGB aufrechterhalten.[87]) Bezüglich der Familiengüter, nicht Familienstiftungen, ist nach § 3 Preuß. Familiengütergesetz v. 22.IV.1930 eine Vertretung der zur Zeit der Aufnahme des Familienschlusses noch nicht geborenen Anwärter nicht vorgesehen.

§ 13. Das grundsätzliche Wesen der Pflegschaft.

Wie schon zu Anfang erwähnt, ist die Pflegschaft ein neben der Vormundschaft bestehendes selbständiges Institut. Dennoch zeigt sich, daß die Pflegschaft eine Abart der Vormundschaft ist. Vor allem kehrt das die Bestimmung des § 1915 BGB hervor, wonach die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung finden, d.h. soweit etwa vorhandene gleichartige Beziehungen es zulassen.[88])

Die Motive[89]) heben hervor, daß überhaupt die Grundsätze der Vormundschaft für die Pflegschaft gelten. Nach herrschender Ansicht[90]) finden die Vorschriften über Altersvormundschaft (§§ 1773 ff. BGB) in den Fällen der Pflegschaft der Leibesfrucht Anwendung.

In vielen Fällen, in denen das Gesetz[91]) vom Vormund oder Vormundschaft spricht, ist grundsätzlich der Pfleger und die Pflegschaft miteinbegriffen.

§ 14. Die Bestellung des Pflegers.

Die Bestellung eines Pflegers erfolgt gemäß §§ 1915 I, 1774 BGB stets auf Grund obrigkeitlicher Anordnung. Das schließt nicht aus, daß das Bedürfnis der Bestellung einer Pflegschaft, speziell die für die Leibessfrucht, durch einen Antrag zur Kenntnis des Gerichts gebracht wird. Der Antrag ist dann ledig-

---

[87]) KGJ 38/A. 103.
[88]) Hesse Anm. 1 zu § 1917.
[89]) Mot. IV/1044, 1266.
[90]) Fuchs Anm. 2 zu § 1915; Planck Anm. 1 II zu § 1915; Staudinger § 1915 2.
[91]) BGB §§ 204 S. 2, 1999, 2275 S. 2, 2290 S. 1.

lich eine Anregung zum Tätigwerden des Gerichtes. Der Schwangeren, wie sonst einer Person, steht aber kein Recht mehr zu, die Anordnung der Pflegschaft für die Leibesfrucht zu verlangen.[92]) Das Schutzbedürfnis allein ist causa curae, und die Einleitung der Pflegschaft liegt dem Gerichte ex officio ob. Es hat gegebenenfalls von Amtswegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Es gilt das Bestellungsprinzip; unbekannt ist der gesetzliche Pfleger. Die Bestimmung des § 1775 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht grundsätzlich nur einen Vormund zu bestellen hat, gilt auch für die Pflegschaft.[93]) Nur bei Vorliegen besonderer Gründe kann das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen auch für die Pflegschaft der Leibesfrucht mehrere Pfleger bestellen. Es findet der den § 1775 BGB einschränkende § 1778 IV BGB auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung. Danach darf neben einem zur Pflegschaft Berufenen nur mit dessen Zustimmung ein Mitpfleger bestellt werden. Dem, der mit einem anderen zur gemeinschaftlichen Führung der Pflegschaft bestellt werden soll, steht das Recht zu, die Übernahme der Pflegschaft abzulehnen nach § 1776 1 Nr. 7, § 1915 I BGB.

Aus dem Grundsatz des § 1915 ergibt sich in Verbindung mit § 1909 BGB ferner, daß auch neben einem an der Besorgung einer ihm obliegenden Angelegenheit tatsächlich oder rechtlich verhinderten Pfleger ein weiterer Pfleger, sogenannter Unterpfleger,[94]) zu bestellen ist. Das BGB beruft gewisse Personen zur Vormundschaft und damit auch zur Pflegschaft, §§ 1776—78. Wenn eine Pflegschaft für eine Leibesfrucht bestellt wird, hat das Gericht also zu prüfen, ob ein Vormund, und wer als solcher berufen sein würde, wenn das Kind zur Zeit der Pflegschaftsanordnung bereits geboren wäre.[95]) Es wird daher unbedenklich sein, dem künftigen Großvater des unehelichen Kindes ein Recht auf Bestellung in entsprechender Anwendung des § 1776 BGB zu geben.[96]) Es kann jedoch auch die Schwangere selbst zum Pfleger bestellt werden. Sollte die Schwangere noch unter elterlicher Gewalt stehen, so würde ihr gesetzlicher Vertreter für sie eintreten. Die Pflicht zur Übernahme und das Recht zur Ablehnung ergibt sich aus entsprechender Anwendung der §§ 1785—88 BGB. Die

[92]) gemäß § 88 Pr. Vormundsch. Ord. hat die Schwangere das Recht, die Anordnung zu verlangen. s. bei Koch IV. Bd.

[93]) OLG 6/39.

[94]) Mot. IV/1252 ff.

[95]) Fuchs Bem. 6 zu § 1912; Hesse Anm. 5 zu § 1915; Staudinger Bem. 15 zu § 1912; a.A.: RGRKomm. Bem. 1 zu § 1916.

[96]) Opet-Blume Anm. 13 zu § 1915.

Personen, die nicht zum Vormund bestellt werden können (§ 1780), besitzen auch nicht die Fähigkeit, Pfleger zu werden. Eine im Widerspruch mit der Bestimmung des § 1780 erfolgte Bestellung ist nichtig. Ebenso gilt § 1782 BGB. Ist die Pflegschaft nicht einem nach § 1776 BGB (entsprechend angewandt) Berufenen übertragen, so hat das Vormundschaftsgericht das Jugendamt, das Gemeindewaisenrat ist, gemäß §§ 3 Ziff. 2, 42 I, S. 1 JWG, über die Tauglichkeit der in Frage kommenden Personen zu hören. Das Vormundschaftsgericht entscheidet jedoch selbständig. Es kann auch einen Dritten zum Pfleger bestellen und ist an die Stellungnahme des Jugendamtes nicht gebunden. Will es eine andere Person nehmen, soll es auch hierüber das Jugendamt hören, nur in dringenden Fällen kann es unterbleiben. Ist die Anhörung des Jugendamtes auch in nicht dringenden Fällen unterblieben, so hat das auf die Wirksamkeit der Bestellung keinen Einfluß. Das Recht der Beschwerde wird dadurch nicht begründet.[97])

Der vom Gericht vorgesehene Pfleger wird zum Termine geladen und zu treuer und gewissenhafter Führung seines Amtes durch Handschlag §§ 1789, 1190 BGB verpflichtet. Das Amt des Pflegers beginnt mit der Bestellung. Die Bestellung setzt sich aus dem Gelöbnisakt des Pflegers und der Entgegennahme des Gelöbnisses durch den Richter zusammen. Sie ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein obrigkeitlicher Akt. Der Ausgewählte hat persönlich zu erscheinen, da Vertretung unzulässig ist.[98]) Der Verpflichtete erhält wie der Vormund eine Bestallung, § 1791 BGB. Die Bestallung ist ein Zeugnis des Vormundschaftsgerichts darüber, daß seine Bestellung zum Pfleger nach Maßgabe und Inhalt dieses Zeugnisses erfolgt ist.

Jeder Deutsche hat die Pflegschaft, für die er vom Vormundschaftsgericht ausgewählt wird, gemäß § 1785 zu übernehmen, sofern nicht einer der in den §§ 1780—84 bestimmten Gründe entgegensteht.

Wer die Übernahme der Pflegschaft ohne Grund ablehnt, ist, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, ersatzpflichtig. § 1797 BGB. Das Vormundschaftsgericht entscheidet[99]) für den Prozeßrichter bindend darüber, ob der Ausgewählte verpflichtet war, die Pflegschaft zu übernehmen. Ebenso ist das Vormundschaftsgericht dafür zuständig zu entscheiden, ob die Ablehnung begründet ist oder nicht.

---

[97]) OLG Bd. 17 S. 363.
[98]) KGJ 38/A. 91.
[99]) Motive IV S. 1063 ff.

Das Vormundschaftsgericht kann den Ausgewählten durch Ordnungsstrafen zur Übernahme der Pflegschaft anhalten. § 1788. Ein unmittelbarer Zwang ist jedoch ausgeschlossen.[100])

§ 15. Die Bestellung des Pflegers ohne die erforderlichen Voraussetzungen.

Aus den allgemeinen Bestimmungen des BGB über die Rechtsgeschäfte ergibt sich nicht ohne weiteres die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Bestellung eines Pflegers, da es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vorgang handelt. In den Motiven[101]) zum BGB wurde auf eine Regelung dieser Frage im F.G.G. verwiesen.

Hat der Vormundschaftsrichter einen Pfleger für die Leibesfrucht bestellt, obwohl es an einer der erforderlichen Voraussetzungen mangelt, so ist grundsätzlich die Anordnung wirksam. Diese Ansicht ist nicht unbestritten. Wichtig ist diese Frage, da von ihrer Entscheidung die Wirksamkeit der vorgenommenen Handlungen des Pflegers abhängt. Es gilt im Vormundschaftsrecht allgemein der Grundsatz, daß die einmal angeordnete Pflegschaft, was das Vertretungsrecht und die Geschäftsführung betrifft, so lange wirksam bleibt, bis sie vom Vormundschaftsgericht aufgehoben[102]) ist. Die Wirksamkeit der Anordnung bis zur Aufhebung ist zweckmäßig und im Interesse der Verkehrssicherheit erforderlich.[103]) Nach § 1919 BGB bleibt die Pflegschaft weiterhin bestehen. Sie endigt nicht ipso iure, wenn der Grund für die Anordnung weggefallen ist. Es bedarf einer Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht von Amtswegen.[104]) Gleichgültig ist, ob der Grund zur Aufhebung im Fehlen oder im späteren Wegfall der Voraussetzungen liegt. Die Aufhebung braucht nicht durch das Vormundschaftsgericht zu geschehen. Sie kann auch auf Beschwerde hin von dem diesem übergeordneten Gericht vorgenommen werden.

Über die Gültigkeit der Bestellung des Pflegers ist ausschließlich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden. Diese Entscheidung kann durch ein Prozeßgericht nachgeprüft werden.[105]) Wird von dem Vormundschaftsgericht oder dem Beschwerdegericht die Pflegschaft als der gesetzlichen

[100]) Motive IV S. 1064.
[101]) Motive IV S. 1081.
[102]) Opet-Blume Anm. 4 zu § 1781.
[103]) Planck Anm. 5 zu § 1773 der 3. Aufl.; Anm. 3 zu § 1773 der 1. Aufl.
[104]) OLG Bd. 8/365.
[105]) RG 81/211 f. Seuff.Arch. 73/209.

Voraussetzungen ermangelnd aufgehoben, so bleiben doch die aus der bisherigen Verwaltung entstandenen Ansprüche unverändert bestehen. Durch die Aufhebung wird insbesondere an der Schadensersatzpflicht, die etwa der Vormundschaftsrichter durch Verletzung seiner Amtspflichten, durch Erteilung einer unrichtigen Auskunft und dergl., sich zugezogen hat, nichts geändert.[106]) Übrigens hat jeder, der ein rechtliches Interesse an der Änderung des Beschlusses hat, wodurch die Pflegschaft der Leibesfrucht angeordnet wird, ein Beschwerderecht gemäß §§ 57 Abs. I Nr. 3, 20 FGG. Sollte eine Pflegschaft angeordnet sein, obwohl ein fürsorgeberechtigter Elternteil vorhanden ist, so hat dieser ein Beschwerderecht. Es wird auch die Ansicht vertreten, daß in den Fällen die Anordnung der Pflegschaft nichtig[106a]) ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist nach Ansicht Einiger[107]) auch wirksam, wenn sie auf Irrtum beruht oder in die Rechte einzelner eingreift.

Daß die Bestellung des Pflegers durch ein örtlich unzuständiges Gericht erfolgt ist, steht der Gültigkeit der Bestellung nicht entgegen.[108])

Aber die sachliche Unzuständigkeit des bestellenden Gerichts bewirkt die Nichtigkeit der Bestellung.[109])

§ 16. Charakter der Leibesfruchtpflegschaft und rechtliche Stellung des Pflegers.

Die Pflegschaft für die Leibesfrucht gehört zu den sogen. selbständigen Pflegschaften. Sie gehört zu dieser Gruppe, weil in den Fällen der Leibesfruchtpflegschaft weder Vormundschaft eingeleitet ist, noch eine elterliche Gewalt besteht, noch deren Vorwirkung. Das BGB kennt außerdem noch die sogen. Ergänzungspflegschaft. Diese liegt in denjenigen Fällen vor, in welchen neben der elterlichen Gewalt oder neben der Vormundschaft eine Pflegschaft angeordnet ist für Angelegenheiten, die der Gewalthaber oder der Vormund nicht besorgen kann. An der Besorgung der besonderen Angelegenheiten kann dabei der Gewalthaber oder Vormund aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verhindert sein.

In der Wissenschaft herrscht lebhafter Streit darüber, ob

---

[106]) RG 84/92.
[106a]) Schultzenstein-Köhne unter Berufung auf RGStr. 9/201.
[107]) Opet-Blume Anm. 1 zu § 1740.
[108]) § 7 FGG; Motive Bd. IV S. 1081.
[109]) §§ 32, 200 II FGG; Art. 151, S. 2 EG z. BGB.

die Pflegschaft der Leibesfrucht als Personal- oder Realpflegschaft anzusehen ist. Herrschende Meinung ist, daß die künftigen Rechte der Leibesfrucht ohne Rechtssubjekt, ohne Rechtsträger sind. So führt Binder[110]) aus, daß der Pfleger in dessen Namen handelt, cuius hereditatis erit im Falle des § 1912 in Verbindung mit § 1923 BGB. Er läßt die Frage offen, wer zur Zeit Rechtssubjekt ist, nimmt aber an, daß der Pfleger der Leibesfrucht ein Personenpfleger ist. Auch Hellwig[111]) hält im Falle des § 1912 BGB eine Personenpflegschaft für vorliegend. Er lehnt es aber wie Binder ab, daß der nasciturus überhaupt Rechtssubjekt sein kann. Goldschmidt[112]) führt für den nasciturus als Rechtsträger den Begriff Quasiperson ein. Er überbrückt durch diese Konstruktion die scheinbar bestehenden Schwierigkeiten. Er sieht in dem Pfleger nach § 1912 eine Art Personenpfleger.

Eine andere Gruppe namhafter Wissenschaftler hält die Pflegschaft des § 1912 für eine Realpflegschaft. Kohler[113]) kommt zu diesem Resultat, weil er dem nasciturus eine geminderte Rechtsfähigkeit zukommen läßt. Der nasciturus hat nicht die Möglichkeit in den Rechtsverkehr einzugreifen, noch Rechte zu haben. Deswegen kann er nach Kohlers Ansicht auch nicht vertreten werden.

Auch Schulze[114]) sieht die Leibesfruchtpflegschaft als Realpflegschaft an. Der Pfleger hat nach ihm den deutschrechtlichen Charakter eines Treuhänders. Er ist eine Person, die Rechte als Eigenrechte empfängt mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen. Der Treuhänder soll in die Stellung des fehlenden Rechtsträgers einrücken. Auch Opet-Blume[115]) charakterisieren die Stellung des Pflegers der Leibesfrucht als die eines Treuhänders, dem bis zur Geburt des Kindes die für das Kind bestimmten Rechte zustehen. Planck[116]) führt mit Recht aus, daß die Rechtskonstruktion des Treuhänders neben dem Schutze unmöglich und mit dem geltenden Recht unvereinbar sei. M.E. ist die Pflegschaft der Leibesfrucht eine Personalpflegschaft. Der Pfleger wahrt die künftigen Rechte des künftigen Menschen. Er ist demnach Vertreter des künftigen Menschen. Für diese Ansicht sprechen auch die Mo-

110) Binder Bd. I. I. Teil S. 191.
111) Hellwig, Verträge S. 214.
112) Goldschmidt S. 160 ff. und S. 179.
113) Kohler, Bd. I § 45 II S. 147 ff. u. S. 335.
114) Schulze S. 1 ff.
115) Opet-Blume 6 zu § 1912.
116) Planck Anm. 4 zu § 1912 und Vorbem. 3 vor 1909.

tive,[117]) wie der Zweck des § 1912. Es ist herrschende Ansicht, daß alle Pflegschaften des BGB mit Ausnahme[118]) der des § 1914, als Personalpflegschaften anzusehen sind. Das war auch der Wille des Gesetzgebers, wie aus den Motiven und Protokollen hervorgeht. Auch § 1915 Abs. I muß so ausgelegt werden, daß die Pflegschaft grundsätzlich den Personenschutz bezweckt, da die Regeln der Vormundschaft auf die Pflegschaft Anwendung finden. Der Pfleger der Leibesfrucht ist demnach dazu bestimmt, vom Staate als schutzbedürftig anerkannte, bedingte Rechte für gewisse Zeit zu verwalten, bis sich der Berechtigte herausstellt.

§ 17. Der Wirkungskreis des Pflegers.

Innerhalb seines ihm zugewiesenen Wirkungskreises ist der Pfleger der Leibesfrucht der gesetzliche Vertreter des zu erwartenden Kindes. Als solcher kann er nach Planck[119]) auch eine Vereinbarung über den Unterhalt für die Zukunft mit dem Vater nach § 1714 BGB treffen. Nach Opet-Blume[120]) überschreitet eine solche Vereinbarung die Zuständigkeit des Pflegers. Diese Ansicht verdient den Vorzug, denn die Tatsachen lassen sich vor der Geburt nicht genügend übersehen. Der Pfleger hat die Verfügung über künftige Rechte des Ungeborenen aber nur soweit, als sie mit Vorwirkung ausgestattet sind. Das ist der Alimentationsanspruch des Kindes aber nicht.

Gemäß § 1915 Abs. I richtet sich nach den vormundschaftlichen Bestimmungen auch die rechtliche Stellung des Pflegers. Allerdings ergeben sich aus dem unter § 1 erörterten Gegensatz der Pflegschaft zur Vormundschaft wesentliche Verschiedenheiten zwischen der Stellung eines Pflegers und Vormundes.

Gemäß § 1793 BGB, der den Umkreis der Tätigkeit des Vormundes regelt, wird bestimmt, daß der Vormund, wenn der Richter keine einschränkenden Bestimmungen trifft, sämtliche persönlichen und Vermögensangelegenheiten des Mündels zu besorgen hat. Bei der Vormundschaft ist demnach der Wirkungskreis des Vormundes vom Gesetz umgrenzt. Nach der Natur der Pflegschaft ist diese, wie festgestellt, eine durch ihren jedesmaligen Zweck begrenzte Fürsorge, deren Umfang in jedem Falle vom Gericht besonders vorgeschrieben wird. Hier-

---

[117]) Mot. IV/1252.
[118]) Planck Anm. 4 zu § 1912; Blume a.A.
[119]) Planck Anm. 4 zu § 1912.
[120]) Opet-Blume Anm. 6 zu § 1912.

aus folgt, daß im Gegensatz zum Vormund, dem Pfleger grundsätzlich nicht die Vermutung zur Seite steht, allgemeiner gesetzlicher Vertreter des Mündels zu sein. Bei der Bestellung eines Pflegers wird der Kreis der Rechte und Pflichten dem zu Verpflichtenden durch das Vormundschaftsgericht vorgezeichnet.

Zu allgemein ist es, wenn man sagt, der Wirkungskreis des Pflegers richte sich nach der Bestellung.[121]) Auch genügt es nicht, wenn man sagt, die Pflichten und Rechte des Pflegers seien aus der Natur der Aufgabe zu entnehmen.[122]) Maßgebend ist die bei der Verpflichtung des Pflegers aufgenommene Verhandlung. Zwar hat das Vormundschaftsgericht in der Bestallung möglichst klar den Zweck der Pflegschaft und den Kreis der Angelegenheiten anzugeben und scharf zu umgrenzen.[123]) Jedoch geht die aufgenommene Verhandlung der Bestallungsurkunde vor, wenn der Geschäftskreis in beiden verschieden bestimmt sein sollte.[124]) Somit erweitert sich der Wirkungskreis des Pflegers nicht kraft Gesetzes bei Einschränkung der Befugnisse des Gewalthabers oder der Vormundes.

Gemäß § 1912 BGB hat der Pfleger die zukünftigen Rechte des nasciturus zu wahren. Wahren heißt, die Rechte sichern und so für sie besorgt sein, daß sie im Zeitpunkt, wo sie anfallen, geltend gemacht werden können. Das Gesetz gibt dem Pfleger hierzu keine besonderen Hilfsmittel an die Hand. Schon daraus ist zu folgern, daß die sonst zur Sicherung von bestehenden Rechten üblichen Mittel auch für den Pfleger der Leibesfrucht möglich sind. Es ist zum mindesten eine analoge Anwendung dieser Hilfsmittel zu befürworten, da sonst der Pfleger seine Aufgaben nicht erfüllen könnte.

Der Pfleger ist innerhalb des ihm übertragenen Wirkungskreises insoweit gesetzlicher Vertreter. Er kann als Vertreter des nasciturus die nötigen Rechtsgeschäfte vornehmen und Rechtsstreite führen.

Kommt jedoch kein lebendes Kind zur Welt, so fallen sämtliche dem nasciturus vorbehaltenen Rechte in sich zusammen. Die angeordnete Pflegschaft ist gegenstandslos gewesen. Schwierigkeiten für die Verantwortlichkeit des Pflegers und der Gültigkeit seiner Rechtshandlungen können nach Lage der

---

[121]) KGJ 29/A. 156 ff.
[122]) RGRKomm. Vorbem. 1 zu § 1909.
[123]) OLG Bd. 5/364; 8/270.
[124]) KGJ 41/A. 38; ebenso Staudinger 1 c vor § 1909 u. Kipp § 128 Note 1.

Sache nicht entstehen. Seine Rechtsstellung ist nach jeder Richtung auflösend bedingt. Gemäß § 161 BGB sind Dritte geschützt.

Auch für die Führung der Pflegschaft kommen gemäß § 1915 Abs. I die für den Vormund maßgebenden Bestimmungen in Betracht. Soweit eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes für ein Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist, bedarf der Pfleger im gleichen Maße der Genehmigung des Gerichts wie des Gegenvormundes. Ein Gegenvormund wird jedoch selten bestellt werden wegen § 1915 Abs. II. Die Entscheidung hierüber liegt im Ermessen des Gerichts. Richtiger wäre die Bezeichnung „Gegenpfleger" statt Gegenvormund in diesem Falle. Dieser neue Ausdruck ist aber im Gesetz nicht aufgenommen.[125])

Wie bei der Vormundschaft, hat auch bei der Pflegschaft der Leibesfrucht hinsichtlich der aus der Pflegschaft hervorgehenden Rechte und Pflichten das Gericht das Aufsichtsrecht über den Pfleger. Das Gericht ist gemäß § 1837 verpflichtet, gegen jede Pflichtwidrigkeit des Pflegers einzuschreiten. Es kann gegen den Pfleger Verweise und Ordnungsstrafen erteilen und ihn, wenn die Voraussetzungen des § 1886 BGB vorliegen, seines Amtes entsetzen.

Im übrigen ist grundsätzlich auch der Pfleger der Leibesfrucht selbständig in der Führung seiner Pflegschaft.[126]) Somit ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt, in die Pflegschaft einzugreifen. Bei unzweckmäßiger Handlung des Pflegers kann das Gericht kraft seines Aufsichtsrechtes wohl den Pfleger hierauf aufmerksam machen. Der Pfleger ist aber nicht verpflichtet, sein Vorhaben zu ändern. Nur bei Pflichtwidrigkeit kann das Gericht gegen den Pfleger einschreiten, §§ 1837, 1915 Abs. I BGB. Die Pflichtwidrigkeit kann in Unzweckmäßigkeiten liegen. Grundsätzlich ist aber nicht jede unzweckmäßige Handlung eine pflichtwidrige.

§ 18. Das Ehrenamt.

Die Pflegschaft ist ein Ehrenamt und wird wie die Vormundschaft unentgeltlich nach § 1836 BGB geführt.

Nur aus besonderen Gründen kann das Vormundschaftsgericht eine angemessene Vergütung bewilligen. Die Bewilligung

---

[125]) Der Ausdruck Gegenvormund ist aber schon deswegen zulässig, weil die Pflegschaft ja auch einen vormundschaftlichen Schutz bezweckt. So Mot. IV/270.

[126]) Urteil des RG vom 19.9.1906 im Recht 1907 S. 270.

soll aber nur erfolgen, wenn das Vermögen, das betreut wird, es rechtfertigt, und anderseits die Arbeit des Pflegers umfangreich und bedeutend ist.

Da das Gesetz dem Gericht keine Vertretung einräumt, hat der Pfleger keinen vertragsmäßigen Anspruch auf die Vergütung. Das Gericht kann aber, solange es die Zusage nicht ändert, für die Vergangenheit nicht dem Pfleger diese Vergütung entziehen.

Der Anspruch des Pflegers auf die Vergütung wird durch die Bewilligung des Vormundschaftsgerichts geschaffen[127]) und gemäß § 26 FGG mit der Bekanntmachung an den Pfleger wirksam.

Das Ehrenamt bringt jedoch Verpflichtungen mit sich. Der Pfleger ist dem Mündel gemäß § 1833 BGB für den aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Macht der Pfleger zum Zwecke der Führung der Leibesfruchtpflegschaft Aufwendungen, so kann er nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften Ersatz verlangen gemäß §§ 1835, 1915, Abs. I BGB.

Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste, die zum Gewerbe oder Berufe des Pflegers gehören.

Ist kein Vermögen vorhanden, so ist der Pfleger ohne Deckung seiner Ersatzansprüche. Für Aufwendungen haftet der Staat selbst dann nicht, wenn der Pfleger diese im Auftrage des Vormundschaftsgerichts gemacht hat.

Streitig ist, ob der Pfleger der Leibesfrucht für etwaige Aufwendungen Ersatz verlangen kann, wenn ein lebendes Kind nicht zur Welt kommt. In diesem Falle war die Anordnung der Leibesfruchtpflegschaft überflüssig. Würde man der Ansicht folgen, die Pflegschaft gemäß § 1912 wäre eine Realpflegschaft, so wären die Verwaltungskosten dem aufzubürden, dem das verwaltete Vermögen zufällt.[128]) Da sie aber, wie ausgeführt, eine Personalpflegschaft ist, so ist diese gegenstandslos, wenn das Kind nicht lebend zur Welt kommt. Es fehlt somit an einer verpflichteten Person.

Es ist nicht angängig, dann den etwaigen Anreger der Pflegschaft für haftbar zu erklären für die Aufwendungen des Pflegers. Hierzu fehlt jede Rechtsgrundlage. Wenn dieser haften sollte, hätte das im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Auch läßt sich keine Haftung des Staates konstruie-

[127]) OLG Bd. 15 S. 110.
[128]) Opet-Blume zu § 1912 Anm. 6 II.

ren. Der Pfleger muß es als Last des öffentlichen Amtes hinnehmen, wenn er die Aufwendungen nicht ersetzt erhält. Nach Planck[129]) liegt der Fall nicht anders; als wenn der Vormund eines vermögenslosen Mündels Aufwendungen machen mußte. Es bleibt höchstens ein Bereicherungsanspruch gegen den, dessen Vermögen er gutgläubig verwaltet hat. An den etwaigen Anreger kann sich der Pfleger höchstens dann halten, wenn dieser das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 1912 kannte oder kennen mußte.

§ 19. Das Ende der Pflegschaft für die Leibesfrucht.

Die Beendigung der Pflegschaft der Leibesfrucht tritt gemäß § 1918 II BGB zunächst mit der Geburt des Kindes kraft Gesetzes ein, also ohne Aufhebung der Pflegschaft durch das Vormundschaftsgericht. Das gilt nach der Meinung einiger[130]) auch dann, wenn das Kind tot geboren wird. Da aber eine Geburt im Sinne des § 1918 nur eine Lebendgeburt ist, weil nur in diesem Falle ein Mensch im Rechtssinne geboren wird, so ist obige Meinung zu verwerfen. Im Falle der Totgeburt bedarf es einer besonderen Aufhebung der Pflegschaft durch das Gericht.[131]) Es kommt in diesem Falle § 1919 BGB zur Anwendung.

Gemäß § 1918 III BGB endet[132]) die Pflegschaft der Leibesfrucht ferner kraft Gesetzes, falls sie nur für eine einzelne Angelegenheit angeordnet war, mit Erledigung der Angelegenheit.

Die Leibesfruchtpflegschaft endet ferner durch Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht, falls der Grund der Anordnung weggefallen ist gemäß § 1919 BGB. Bei der Leibesfruchtpflegschaft fällt beispielsweise der Grund weg bei Fehlgeburt, Tod der Schwangeren vor der Geburt des Kindes, bei Klärung des Irrtums, daß keine Schwangerschaft vorliegt, die vorher angenommen war, und wenn das Schutzbedürfnis weggefallen ist. Das Schutzbedürfnis fällt beispielsweise fort, wenn die Schwangere den Erzeuger geheiratet hat oder das den nasciturus bedenkende Testament erfolgreich angefochten worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat von Amtswegen die Ermittlungen anzustellen und zu prüfen, ob der Grund weggefallen ist.

[129]) § 1912 Anm. 7 der 3. Aufl.

[130]) Staudinger Bem. 7 a zu § 1912; Fuchs Bem. 2 zu § 1918; Hesse Anm. 3 zu § 1912.

[131]) Planck Bem. 4 zu § 1918 BGB. v. Opet-Blume 6 zu § 1918 BGB.

[132]) Motive IV/1274.

Die Aufhebung der Pflegschaft durch das Vormundschaftsgericht, wie sie in § 1919 BGB geregelt ist, ist eigentlich der Grundsatz für das Pflegschaftsrecht. Wegen der besonderen Art der Leibesfruchtpflegschaft hat das Gesetz ausnahmsweise diese Pflegschaft durch ausdrückliche Regelung im § 1918 Abs. II BGB anders enden lassen. Der Zeitpunkt der Beendigung mit der Vollendung der Geburt ist genügend festgelegt. Die Aufhebung braucht nicht wörtlich angeordnet zu werden, sondern kann sich aus entsprechenden Verfügungen des Vormundschaftsgerichts ergeben.[133]) Eine solche Verfügung ist beispielsweise die Aufforderung an den Pfleger, die Bestallung zurückzugeben. Die Aufhebung wird mit der Bekanntmachung (Zustellung) an den Pfleger wirksam.[134]) Ihre Wirksamkeit wird dadurch nicht berührt, daß sie zu Unrecht erfolgte.[135]) Gegen die Verfügung, durch welche die Pflegschaft aufgehoben wird, steht jedem, der ein rechtliches Interesse hat, ein Beschwerderecht zu, § 57 I FGG.

Das Amt des Pflegers kann außerdem noch enden aus Gründen, die in der Person des Pflegers liegen.

Während die Beendigung der Pflegschaft abweichend von der Beendigung der Vormundschaft geregelt ist, gelten auf Grund des § 1915 Abs. I BGB die Vorschriften über die Beendigung des vormundschaftlichen Amtes, §§ 1885—89 BGB, auch für das Amt des Pflegers. Auch der Pfleger der Leibesfrucht kann somit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1686 BGB entlassen werden, wie bereits erwähnt wurde. Die Gründe, weswegen ein Pfleger entlassen wird, werden aber sehr verschieden sein von denen, die eine Entlassung eines Vormundes rechtfertigen. Nach dem Zweck der Pflegschaft sind es ganz andere Eigenschaften, die einen Pfleger tauglich oder untauglich machen.

Nach Beendigung der Pflegschaft, gleichviel, ob sie kraft Gesetzes erloschen oder durch Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht erfolgt ist, kommen die Vorschriften des Vormundschaftsrechts gemäß § 1915 I BGB über Herausgabe des Vermögens, Rückgabe der Bestallung usw. auch für den Leibesfruchtpfleger zur Anwendung. §§ 1890, -92, 93 BGB. Ferner finden die Bestimmungen über die Fortführung der Geschäfte durch den Vormund nach Beendigung seines Amtes, §§ 1893,

---

[133]) Planck § 1924 Anm. 2.
[134]) § 16 I F.G.G.
[135]) Planck § 1919 Anm. 3.

1682, 83 gemäß § 1915 I BGB, auch auf den Pfleger der Leibesfrucht entsprechende Anwendung.

Ist auch nach der Geburt noch das Bedürfnis für eine Pflegschaft vorhanden, z.B. weil der Vater sich im Konkurse befindet, so muß ein neuer Pfleger bestellt werden.[136]) Der Pfleger des § 1909 BGB würde nach der entsprechenden Rechtsprechung des Reichsgerichts[137]) schon vor der Geburt des Kindes bestellt werden können.[136])

Regelmäßig liegt ein Bedürfnis für eine Leibesfruchtpflegschaft nicht vor, wenn die Leibesfrucht als Erbe berufen ist, denn für ihre Rechte wird durch die nach § 1960 BGB anzuordnende Nachlaßpflegschaft gesorgt.

§ 20. Das Verhältnis der Leibesfruchtpflegschaft zur Nachlaßpflegschaft.

Für den unbekannten Erben ist gemäß § 1960 BGB ein Nachlaßpfleger zu bestellen. Dieser hat die Aufgaben, den Nachlaß zu verwalten und bei der Ermittelung des Erben mitzuwirken, d.h. des ideellen Erben, der sich schließlich als der wirkliche und endgültige Erbe herausstellt. Nach herrschender Ansicht[137]) ist auch die Nachlaßpflegschaft eine Personalpflegschaft. Der Nachlaßpfleger hat sich um den Nachlaß zu sorgen. Daneben kann eine Leibesfruchtpflegschaft nur für solche Angelegenheiten angeordnet werden, die ausschließlich die Leibesfrucht betreffen. Ein Bedürfnis für Anordnung der Leibesfruchtpflegschaft wird vorliegen, wenn der Leibesfrucht das Erbrecht bestritten wird.[138]) Beide Pflegschaften können deswegen nebeneinander angeordnet werden, weil beide verschiedene Aufgaben haben.[139])

Der Nasciturospfleger und das übergeordnete Vormundschaftsgericht nehmen lediglich die Interessen des nasciturus wahr. Der Nachlaßpfleger und das übergeordnete Nachlaßgericht sorgen für denjenigen, der endgültig Erbe wird. Es kann die Vereinigung beider Pflegschaften auf einen Pfleger grund-

---

[136]) Planck IV § 1912 Anm. 4. 3

[137]) JW 1899 S. 595. In dieser Entscheidung hält das RG die Bestellung eines Vormundes bereits vor der Geburt des Mündels für zulässig. Das Amt des Vormundes beginnt allerdings erst mit der Geburt.

Mot. V/545 u. 548, 551 u. 554. Gesetzeswortlaut für denjenigen, der Erbe wird". Staudinger 4 b zu § 1920.

[138]) Staudinger § 1960 4 b; Planck § 1960; Planck IV § 1912 Anm. 2 b 3. Aufl.

[139]) § 12 FGG.

sätzlich nicht als unstatthaft bezeichnet werden, da eine Schädigung oder Gefährdung der Interessen des nasciturus darin nicht zu ersehen ist, daß eine Person beide Pflegschaften führt. Sollten jedoch Umstände vorliegen, die der Vereinigung beider Pflegschaften in der Hand einer Person widersprechen, so ist eine Vereinigung beider Pflegschaften als unstatthaft anzusehen.

§ 21. Das Vormundschaftsgericht.

Mit der Pflegschaft der Leibesfrucht hat sich das Vormundschaftsgericht, ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu befassen. Es hat von sich aus die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.[139]) Der Umfang und die Auswahl der Ermittlungen und Beweise liegt im Ermessen des Gerichts.[140]) Das freie Ermessen enthebt das Gericht jedoch nicht seiner Pflicht. Freies Ermessen heißt auch hier pflichtgemäßes Ermessen.

Für die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Angelegenheiten sind gemäß § 35 FGG die Amtsgerichte zuständig.

Für die Pflegschaft über eine Leibesfrucht ist das Gericht zuständig, das für die Vormundschaft zuständig sein würde, falls das Kind zu der Zeit, zu welcher das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt, geboren wurde.[142]) Bei einem ehelichen Kind ist der Wohnsitz des Vaters, bei einem unehelichen derjenige der Mutter entscheidend.[143])

Wohnt der als Pfleger zu Bestellende nicht im Bezirke des zuständigen Vormundschaftsgerichts, so kann die Bestellung auf Ersuchen des zuständigen Vormundschaftsgerichts durch das Gericht des Wohnorts erfolgen, da auch in den Angelegenheiten der FGG die Gerichte sich Rechtshilfe zu leisten haben.[144])

Das Vormundschaftsgericht hat über die gesamte Tätigkeit des Pflegers die Aufsicht zu führen gemäß § 1837. Durch geeignete Gebote und Verbote hat es gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten. Die Befolgung dieser Anordnungen kann das Gericht durch Ordnungsstrafen erzwingen, Der Pfleger ist dem Gericht stets zur Auskunft verpflichtet.[145])

---

[140]) Bay.OLG Bd. 21 S. 290.
[141]) Bay.OLG. Bd. 23 S. 152.
[142]) § 40 FGG.
[143]) § 11 BGB.
[144]) § 2 FGG.
[145]) § 1039 BGB.

V. Abschnitt.

§ 22. Reformvorschlag.

Der Mediziner Ahlfeld kommt in seiner Abhandlung „Nasciturus" zu dem Resultat, daß an dem Nasciturus und seiner Lebendgeburt auch Interessen anderer als nur die des nasciturus bestehen.[146]) Seiner Ansicht nach genügen die Fürsorgeparagraphen 1712, 1116, 1912, 1963 u.a. deswegen nicht.

Des weiteren rügt er die ungenaue Terminsbestimmung im § 1 BGB der rechtlichen Menschwerdung. Die Worte „mit der Vollendung der Geburt" geben verschiedener Auslegung Raum.

Die Motive[147]) überlassen die Frage der Vollendung der Geburt der Medizinischen Wissenschaft. Die Lehrbücher und Kommentare beantworten diese Frage verschieden. Deswegen schlägt Ahlfeld vor, entsprechend dem Fortschritte der medizinischen Wissenschaften zu formulieren:

1. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit dem sicheren Nachweis seiner Existenz.
2. Mensch im Sinne des Rechts ist jedes vom Manne und Weibe erzeugte Schwangerschaftsprodukt, das ein Herz besitzt und den sechsten Schwangerschaftsmonat in der Entwicklung überschritten hat.
3. Der totgeborene Mensch gilt rechtlich als einer, der vorher gelebt hat.

Ahlfeld führt für seinen Vorschlag immerhin beachtliche Gründe an. Er weicht mit seinem Vorschlag von der Tradition ab. Diesen Schritt hält er durch die Erkenntnisse und Fortschritte der Medizinischen Wissenschaft für gerechtfertigt.

Da m.E. die Vorschläge Ahlfelds Beachtung verdienen, möchte ich sie hiermit erneut zur Debatte stellen.

In den Kommentaren,[148]) die Ahlfelds Schrift erwähnen, ist eine besondere Kritik seiner Schrift nicht enthalten.

Im geltenden Recht sind jedoch die künftigen Rechte des nasciturus auch ohne, daß der Reformvorschlag Ahlfelds nötig ist, genügend geschützt, wie die Praxis beweist.

§ 23. Schlußbetrachtung.

Besonders bemerkenswert ist, daß das BGB wie die neueren Gesetze[149]) die Verbindung der cura ventris von den Erb-

[146]) Ahlfeld S. 63.
[147]) Motive Bd. I S. 28.
[148]) Staudinger zu § 1; Planck zu § 1.
[149]) Preuß A.L.R. II 18 §§ 10, 11, 962—969. Preuß. Vormundsch.-Ord. § 88 usw.

ansprüchen des nasciturus gelöst haben. Sie haben jene cura zu einer den Schutz der rechtlichen Interessen der Leibesfrucht überhaupt bezweckenden Kuratel gestaltet. Dabei wurde der vormundschaftliche Schutz teilweise beschränkt, so wurde er zeitweise nur der Leibesfrucht der Witwe gewährt.[150])

Die heutige Regelung entspricht den Bedürfnissen der Zeit. Für alle fürsorgebedürftigen Fälle ist gesorgt. Gegenüber den früheren Rechten sind in den geltenden Gesetzen[151]) bei weitem mehr künftige Rechte des nasciturus anerkannt. Nach meinen Erkundigungen beim Amtsgericht in Münster in Westfalen (zum Amtsgerichtsbezirk Münster gehören ca. 200 000 Einwohner) wird dort die Pflegschaft der Leibesfrucht durchschnittlich einmal jährlich angeordnet. Man darf wohl annehmen, daß auch bei den übrigen Amtsgerichten des Deutschen Reiches die Anordnung einer Pflegschaft für die Leibesfrucht zu den am seltensten vorkommenden Fällen einer Pflegschaftsanordnung gehört.

---

[150]) z.B. Sächs. BGB. §§ 1995—1997 ff.

[151]) BGB. § 3 Haftpflichtgesetz, § 10 Kraftfahrzeuggesetz. § 21 Luftverkehrsgesetz.

LITERATURVERZEICHNIS.

Adamkiewicz: Der Rechtsbegriff der Kuratel — die Pflegschaft — in systematischer Darstellung. Berlin 1892.
Ahlfeld: Nasciturus. Leipzig 1906.
Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil I. u. Teil II. 1901. Teil III. 1905.
Böhm: Das Vormundschaftsrecht des BGB. 2. Aufl. Berlin 1900.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. III. Bd. 2. Aufl. Erlangen 1886.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863. Dresden 1863.
Brunner-v. Schwerin: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Aufl. München 1930.
Caldemeyer: Die Rechtsstellung des nasciturus. Rostock 1902.
Corpus iuris civilis. institutiones recognovit Paulus Krüger. Digesta Recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Krüger Berolini Volumen primum et secundum. 1928.
d'Alleux: Zur Pflegschaftslehre des BGB. Erlangen 1905.
Bayerisches Landrecht vom Jahre 1756. Hrsg. v. Max Danzer, München 1894.
Dernburg: Pandekten. Bd. I. 5. Aufl. 1896. Bd. III. 6. Aufl. 1901.
—: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. IV. Bd. Deutsches Familienrecht. 4. Aufl. Halle 1908.
Dernburg-Schulzenstein: Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie. Berlin-Leipzig 1886.
Ehrlich: Das Wesen der Pflegschaft im Gegensatz zur Vormundschaft und elterlichen Gewalt. Erlangen 1929.
Endemann: Lehrbuch des BGB. Familienrecht. II. Bd. 2. Abt. 8/9. Aufl. 1908.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 30/34. Aufl. Marburg 1928.
Entscheidungen des obersten Landgerichts in Bayern.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Fuchs: Das Vormundschaftsrecht 1909.
Goldschmidt: Die Nachlaßpflegschaft des BGB, eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen, zugleich der Versuch einer Grundlage für eine Lehre von den Quasi-Personen. 1905.
Hachenburg: Das badische Landrecht unter Berücksichtigung des rheinischen Rechts. Mannheim 1887.
Hachenburg: Vorträge über das BGB. Das Bürgerliche Recht für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Leipzig 1900.
—: Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Hesse: Deutsches Vormundschaftsrecht. 1900.
Heumann: Über die Erbfähigkeit der postumi in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 19.
Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts. Jena 1896.
Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München1900.
Höeres: Vormundschaftsrecht und Pflegschaftsrecht. Breslau 1914.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

v. Jhering: Passive Wirkungen der Rechte in Jherings Jahrbüchern Bd. 10 S. 387 ff.
Jörs: Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin1927.
KGJ: Entscheidungen des Kammergerichts.
Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. IV. Bd. Das Familienrecht. 7. Bearb. Marburg 1931.
Kipp-Stammler: Das römische Recht. Berlin 1930.
Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 8. Aufl. Berlin/Leipzig 1884. I. Bd. 1886, IV. Bd.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 1906.
Kunkel-Jörs: Römisches Privatrecht. 2. Aufl. Berlin 1935.
Kübler: Geschichte des römischen Rechts. Leipzig-Erlangen 1925.
—: Lehrbuch des römischen Rechts. 3. Aufl. Erlangen-Leipzig 1925.
—: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. 45. Bd. Romanistische Abteilung. Weimar 1925.
Leonhard: Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1894.
—: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
Mitteis: Bürgerliches Recht. Familienrecht. 2. Aufl. Berlin 1928.
Mommsen u. Gradenwitz: Fontes juris romani antiqui. 6. Aufl. 1. Teil, Freiburg 1893.
Motive eines BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1889.
Mühlenbruch: Fortsetzung der Pandekten von Glück. Bd. 36, 37, 38 und 39.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil 1908.
Opet-v. Blume: Das Familienrecht des BGB. Abschnitt III. Vormundschaft, Berlin 1904.
Perl: Der rechtliche Schutz der Leibesfrucht im alten und modernen Recht. Breslau 1915.
Pernice: Marcus Antistius Labeo: Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. I. Halle 1873.
Pfeil: Der Unterschied von Vormundschaft und Pflegschaft. Breslau 1914.
Philler: Das Vormundschaftsrecht des BGB und Verwandtes. 1900.
Planck-Unzner: Kommentar zum BGB. I. Bd. Berlin 1913. IV. Bd. Familienrecht. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1901. 3. Aufl. Berlin 1903. 1905. V. Bd. Erbrecht, Berlin 1930.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Regelsberger: Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: IV. Bd. 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1935.
Reinach: Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht. Gießen 1910.
Sachsenspiegel: Weiske-Hildebrandt. Leipzig 1919.
Schirmer: Handbuch des römischen Erbrechts. 1. Teil.
Schmeisser: Vormundschaftswesen. 2. Aufl. Berlin 1929.
Schroeder-Mugdan: Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1900.
Schulze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jherings Jahrb. Bd. 43.
Schulzenstein-Köhne: Das deutsche Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. 1901.
Soergel: BGB. II. Bd. 5. Aufl. Stuttgart 1931.
Seehuber: Das Problem des Embryos im bürgerlichen Recht. Erlangen 1910.

Siber: Römisches Recht in Grundzügen, Bd. II. Römisches Privatrecht. Berlin 1928.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. München 1928.
Stammler: Unbestimmtheit des Rechtssubjekts. Gießen 1907.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. I. Bd. Allgemeiner Teil. IV. Bd. Familienrecht. 2. Teil. 9. Aufl. München 1926. V. Bd. Erbrecht. 9. Aufl. München 1928.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. I. Berlin 1893.
v. Wächter: Pandekten, I. Allgemeiner Teil, Leipzig 1880. II. Bd. 1881.
Wedermann: Das deutsche Vormundschaftsrecht. Ansbach 1929.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Jg. 1918.